

EDICIÓN  
**248**

NOVIEMBRE DE 2021

# BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS



## #CEtrabajaencasa

PUBLICACIÓN MENSUAL  
ISSN: 2711-385X

**República de Colombia**  
**Consejo de Estado**

**Marta Nubia Velásquez Rico**  
Presidenta Consejo de Estado

## COMITÉ EDITORIAL

Rocío Araújo Oñate  
Hernando Sánchez Sánchez  
Sandra Lisset Ibarra Vélez  
Marta Nubia Velásquez Rico  
Jaime Enrique Rodríguez Navas  
Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz  
Myriam Stella Gutiérrez Argüello  
Óscar Darío Amaya Navas  
Paula Johanna León Mora

## RELATORÍAS

**Sección Primera de lo Contencioso Administrativo**  
[Liliana Marcela Becerra Gámez](#)  
**Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo**  
[Gloria Cristina Olmos Leguizamón](#)  
[Antonio José Sánchez David](#)  
**Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo**  
[Jorge Eduardo González Correa](#)  
[Natalia Rodrigo Bravo](#)  
[Natalia Yadira Castilla Caro](#)  
[Guillermo León Gómez Moreno](#)  
**Sección Cuarta de lo Contencioso Administrativo**  
[María Magaly Santos Murillo](#)  
**Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo**  
[Wadith Rodolfo Corredor Villate](#)  
**Sala de Consulta y Servicio Civil**  
**Sala Plena de lo Contencioso Administrativo**  
[Juan Sebastián Solarte Álvarez](#)  
**Acciones Constitucionales**  
[Pedro Javier Barrera Varela](#)  
[Camilo Augusto Bayona Espejo](#)  
[Juan Alejandro Suárez Salamanca](#)

## PUBLICACIÓN

Oficina de sistemas

Boletín del Consejo de Estado.  
Jurisprudencia y Conceptos.  
No. 248, noviembre de 2021  
ISSN: 2711-385X  
[www.consejodeestado.gov.co](http://www.consejodeestado.gov.co)

Consejo de Estado  
Calle 12 No. 7-65, Bogotá D.C.  
Palacio de Justicia  
Bogotá D.C. – Colombia



# CONTENIDO

CONTENIDO.....	3
EDITORIAL.....	4
<u>I.</u> NORMAS ANULADAS.....	5
<u>II.</u> LEGALIDAD CONDICIONADA.....	5
<u>III.</u> ASUNTOS CONSTITUCIONALES.....	6
<u>IV.</u> SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.....	14
<u>V.</u> SECCIÓN PRIMERA.....	20
<u>VI.</u> SECCIÓN SEGUNDA.....	24
<u>VII.</u> SECCIÓN TERCERA.....	33
<u>VIII.</u> SECCIÓN CUARTA.....	50
<u>IX.</u> SECCIÓN QUINTA.....	63
<u>X.</u> SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL.....	69

# EDITORIAL

Las decisiones judiciales proferidas por el Consejo de Estado, por lo general, tienen efectos únicamente entre las partes que demandan y son demandadas. Sin embargo, al ser esta Corporación el juez natural de la administración pública, sus efectos se extienden y tienen la potencialidad de modificar los actos y actuaciones de las autoridades frente a la ciudadanía en extenso.

Sin duda, cada versión del «Boletín del Consejo de Estado- Jurisprudencia y Conceptos» tiene el propósito de reseñar aquellas sentencias, autos, concepto o decisiones de conflictos de competencia que puedan impactar la comunidad jurídica nacional que se agolpa alrededor del derecho público.

La versión 248 de este boletín jurisprudencial, correspondiente al mes de noviembre de 2021, tiene interesantes extractos sobre 34 decisiones de sus diferentes despachos, secciones, la Sala de Consulta y Servicio Civil y la Sala Plena (en conjunto o a través de sus salas especiales de decisión) que pueden impactar judicial o dogmáticamente en la cotidianidad social.

Entre ellas podemos contar un fallo de tutela en el que se declaró que la Defensoría del Pueblo vulneró el derecho de petición de una ciudadana en situación de vulnerabilidad, al no brindar la asesoría requerida en materia de derechos de autor.

De igual manera, se puede encontrar la exposición de en una acción de cumplimiento se concluyó que el Gobierno Nacional ha omitido su obligación de reglamentar la ruta de atención integral para personas expuestas al asbesto consignada en el artículo 12, parágrafo 1º, de la Ley 1968 de 2019.

Por otro lado, se recoge un providencia de la Sala Dieciséis Especial de Decisión de la Sala Plena Contenciosa en la que se definió que el comportamiento premeditado de un exsenador para influir en las decisiones de un funcionario judicial deviene en irrazonable, reprochable y contrario al prestigio y respetabilidad del Congreso, lo que configura la causal de pérdida de investidura por tráfico de influencias, consagrada en el artículo 183 numeral 5 de la Constitución Política.

Finalmente, y con el único ánimo de resaltar algunas de las decisiones entregadas en esta edición, se reseña una acción de reparación directa en la que se estableció que no se configura omisión al deber de protección cuando, a pesar de contar con un esquema de seguridad, un ciudadano bajo protección estatal sufre perjuicios producto de un atentado.

Damos la bienvenida a los nuevos suscriptores y agradecemos la permanencia de nuestros lectores habituales. Para aquellos quienes este es su primer acercamiento al "Boletín del Consejo de Estado - Jurisprudencia y Conceptos" los invitamos a suscribirse (<https://forms.office.com/r/HJ8Qp1K4qZ>) y recibir mensualmente en su correo las próximas ediciones.

# I. NORMAS ANULADAS

1. El Decreto 616 de 2006, "Por el cual se expide el Reglamento Técnico sobre los requisitos que debe cumplir la leche para el consumo humano que se obtenga, procese, envase, transporte, comercialice, expendia, importe o exporte en el país", expedido por el Gobierno Nacional: El parágrafo 2 del artículo 47.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 28 de octubre de 2021; C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-24-000-2010-00148-00. \(Ver página 21 de este boletín\).](#)

2. El Decreto 026 del 09 de enero de 2018, "Por medio del cual se adiciona el Título 7 en la parte 2 del libro 2 del Decreto 1067 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores", expedido por la presidencia de la República.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 14 de octubre de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-25-000-2018-00302-00\(1046-18\). \(Ver página 25 de este boletín\).](#)

3. La Ordenanza 035 del 2 de diciembre de 2016, expedida por la Asamblea del departamento de Santander: El numeral 1 del artículo 2 en forma parcial.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 30 de septiembre de 2021, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 68001-23-33-000-2018-00293-01 \(25506\), \(Ver página 56 de este boletín\).](#)

# II. LEGALIDAD CONDICIONADA

El Decreto 1625 del 11 de octubre de 2016, "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario en materia tributaria", proferido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público: el artículo 1.2.4.1.35., adicionado por el artículo 10 del Decreto 2250 de 2017, en el entendido que la expresión "unidades retiradas" se refiere a sumas de dinero expresadas en Unidades de Valor Tributario - UVT's.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 15 de octubre de 2021, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2018-00043-00 \(24049\). \(Ver página 58 de este boletín\).](#)

# ASUNTOS CONSTITUCIONALES

# ACCIONES DE TUTELA

## 1. Si el acta de liquidación de un contrato de obra estipula cláusulas contradictorias no cumple con los requisitos para que constituya un título valor.

**Síntesis del caso:** Se presentó acción de tutela contra la sentencia proferida en el marco de un proceso ejecutivo en la que se negaron las pretensiones de la demanda. Para el Consejo de Estado, la decisión se ajustó a derecho, por cuanto el acta de liquidación de un contrato de obra, per se, no implica que pueda ser usada como un título ejecutivo. decisión proferida en el marco de una nulidad electoral en relación con el acto de notificación de la demanda. Este documento requiere acreditar los requisitos de ser expreso, clara y exigible. Por lo tanto, al existir cláusulas contradictorias en la referida acta, no se satisfacen los requisitos mínimos que se exigen del título ejecutivo. En consecuencia, no se vulneró el derecho fundamental al debido proceso.

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Ampara / PROCESO EJECUTIVO / REQUISITOS DEL TÍTULO VALOR - Que contenga una obligación clara, expresa y exigible / ACTA DE LIQUIDACIÓN DE UN CONTRATO DE OBRA - No contiene una obligación clara, expresa y exigible, si en ella se estipulan cláusulas contradictorias / DEFECTO SUSTANTIVO - Configuración / INADECUADA INTERPRETACIÓN NORMATIVA / VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO**

**Problema jurídico:** La Sala debe decidir ¿si revoca la decisión de primera instancia proferida por el Consejo de Estado- Sección Segunda, Subsección A, que negó el amparo de tutela invocado por [la parte actora], o si la solicitud de amparo es procedente para verificar las presuntas irregularidades en las que incurrió Tribunal Administrativo de Bolívar- Sala de Decisión N° 7 al proferir la sentencia de 26 de febrero de 2021, dentro del proceso ejecutivo promovido por CONSASOLUCIONES S.A.S., contra [la entidad accionante] y Cormagdalena?

**Tesis:** “[Para la Sala,] el acta de liquidación bilateral no cumple con los requisitos definidos por la ley para configurar un título ejecutivo, dado que no cuenta con los elementos que integran la obligación de dar, ni los que otorgan certeza de la información contenida. De suerte que no es posible establecer a ciencia cierta, qué es lo que se adeuda, ni a que corresponde el valor adeudado. Por el contrario, consta la disposición contenida en la cláusula segunda de dicha acta, de acuerdo con la cual, las partes se encuentren a paz y salvo por todo concepto. (...) De acuerdo con lo anterior, para que un acta de liquidación contractual, cumpla con los requisitos para prestar mérito ejecutivo, requiere que defina con claridad la suma adeudada al contratista o el saldo pendiente de pago y la forma como se va a pagar, sin que dé lugar a suposiciones o a interpretaciones. Por otro lado, conviene recordar que, tal como lo señala el artículo 297 numeral 3 del CPACA, el acta de liquidación contractual constituye título ejecutivo cuando en ella se establecen obligaciones expresas, claras y exigibles, de allí entonces que si las partes suscriben dicho acto de mutuo acuerdo, incorpora un negocio jurídico que expresa la manifestación de voluntad de las partes y en esa medida solo puede ser invalidado por algún vicio de consentimiento, esto es, error, fuerza o dolo. Asimismo, en el acta de liquidación del contrato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, se deben dejar consignadas las obligaciones por ejecutar, los acuerdos, conciliaciones o transacciones pendientes entre las partes; lo que no ocurrió en el presente caso, dado que sobre el particular las partes guardaron silencio y manifestaron estar a paz y salvo. (...) En este orden de ideas, la Sala considera que la sentencia de 26 de febrero de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, incurrió en vía de hecho por defecto sustantivo, pues la decisión de revocar la providencia de 30 de septiembre de 2019, estuvo basada en una interpretación errónea de la norma, en la medida en que no era evidente que el acta de liquidación contractual incorporara una obligación clara, expresa y exigible, susceptible de ser reclamada por vía ejecutiva, conforme lo dispone el artículo 422 del CGP. Bajo estas consideraciones, la Sala advierte que la autoridad judicial accionada efectuó un análisis equívoco del material probatorio allegado al expediente del proceso ejecutivo y aplicó e interpretó la normativa aplicable al caso de forma errónea, lo que no resulta válido a la luz de los criterios jurisprudenciales de la Corporación; de forma tal que la providencia del Tribunal Administrativo de Bolívar vulneró el derecho fundamental al debido proceso, invocado por la parte accionante, constituyendo vía de hecho por defecto fáctico y sustantivo”.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 297 - NUMERAL 3 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 422 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 430.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 23 de julio de 2021, C.P. César Palomino Cortés, radicación 11001-03-15-000-2021-01955-01\(AC\).](#)

## 2. El Consejo de Estado reitera que se deben adoptar medidas para garantizar derecho a la protesta pacífica y evitar que se repitan los excesos de la Fuerza Pública.

**Síntesis del caso:** *El 28 de abril de 2021, se adelantaron una serie de manifestaciones públicas, en el marco del paro nacional, como una forma de protesta contra determinadas políticas públicas planteadas por el Gobierno Nacional. En las referidas manifestaciones se presentaron casos de abuso policial, pues los miembros de la institución utilizaron la fuerza de manera desproporcionada, golpeando, utilizando artefactos como lanzadores mecánicos y municiones aturdidoras, y accionando sus armas de fuego contra los manifestantes. Tras evidenciar una problemática nacional de intervención sistemática y, en ocasiones, desproporcionada de la fuerza pública en las manifestaciones ciudadanas, esta Corporación se remitió a las órdenes contenidas en la sentencia de 5 de agosto de 2021, proferida dentro de la tutela con radicado número 11001-03-15-000-2021-02367-00, dirigidas a las autoridades involucradas en el manejo de las movilizaciones sociales, de adoptar acciones para garantizar el ejercicio del derecho a la protesta pacífica.*

**IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA / REVOCATORIA DE LA SENTENCIA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA / DERECHO FUNDAMENTAL A LA MANIFESTACIÓN PÚBLICA Y PACÍFICA / DERECHO A LA PROTESTA SOCIAL - Su protección puede ser deprecada por cualquier ciudadano**

**Problema jurídico 1:** *“¿El accionante está legitimado en la causa por activa para promover la acción de tutela con el fin de obtener la protección de los derechos fundamentales a la protesta pública y pacífica y la protesta social?”*

**Tesis:** “A juicio del a quo, la tutela es improcedente debido a que no se demostró un interés cierto del actor en este asunto, toda vez que, lo dicho en el amparo no demostraba que este hubiese participado en las marchas, o bien, hubiere sufrido un perjuicio directo y personal sobre los bienes jurídicos cuya protección pretende. (...) [L]a Sala no comparte la conclusión (...), puesto que, el derecho a la protesta social es una garantía legal de carácter amplio, por tanto, su protección puede ser deprecada por cualquier ciudadano, en forma independiente a si se participó o no en los hechos que dieron lugar al amparo. (...) [E]s evidente que el señor [S.G.] se encuentra legitimado para acudir en procura del derecho a la protesta social de quienes participaron en las marchas convocadas, con ocasión del paro nacional, en forma independiente si este participó o no en ellas.”

**ACCIÓN DE TUTELA / SENTENCIA QUE ORDENA ESTARSE A LO RESUELTO - En la sentencia de 22 de julio de 2021 / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA MANIFESTACIÓN PÚBLICA Y PACÍFICA / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA / VULNERACIÓN DEL DERECHO DE REUNIÓN / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBRE MOVILIZACIÓN / DERECHO A LA PROTESTA PACÍFICA / DAÑO ANTIJURÍDICO POR ACTO VANDÁLICO / USO DESPROPORCIONADO DE LA FUERZA PÚBLICA / PARO NACIONAL**

**Problema jurídico 2:** *¿Las autoridades accionadas, con las acciones tendientes a la preservación del orden público, mediante el uso de la fuerza, vulneraron los derechos fundamentales a la vida, integridad, libertad de expresión, protesta y libre movilización de los accionantes y de las demás personas que han participado en las manifestaciones públicas desarrolladas el 28 de abril de 2021?*

**Tesis:** “[L]a Sala encuentra que la tutela se centra en esencia, en la crítica a las medidas policivas y sociales de

las entidades sociales, con el fin de hacer frente al paro nacional, pues en su sentir se incurrió en exceso de fuerza y en actitudes tendientes a estigmatizar el movimiento social. Los derechos establecidos en el artículo 37 de la Constitución sólo pueden delimitarse por el Legislador, quien es el facultado para definir el marco de acción de la autoridad administrativa y las restricciones a estos derechos, también es cierto que la misma disposición Constitucional somete la protección de estas prerrogativas a la licitud del objeto de la reunión o manifestación, aunado a que tales actividades deben ejercerse de forma pacífica. Tales condiciones constituyen un presupuesto del goce de estos derechos que implica que la violencia, sin importar en qué momento se produzca; si como un exceso, a lo que comenzó en términos pacíficos o como el objetivo de una manifestación particular, escapa de la garantía de los derechos, al salirse de su contorno material. Vale resaltar que, si bien una manifestación pacífica puede obstruir las vías públicas o limitar la circulación por algún lugar en razón a la ocupación de un espacio público, tal situación, per se no configura la tipicidad de los delitos previstos en los artículos 353 A y 353 del Código Penal, pues el objetivo de esta no es obstruir las vías, sino comunicar una idea, lo cual se lleva a cabo en el marco de una reglamentación, aun cuando tenga el anterior efecto de manera temporal. El ejercicio de estos derechos (reunirse y manifestarse pública y pacíficamente) es un mecanismo de la protesta, la cual busca irrumpir en la cotidianidad para exteriorizar una idea acerca de un elemento de la vida en sociedad y “tiene como función democrática llamar la atención de las autoridades y de la opinión pública sobre una problemática específica y sobre las necesidades [de] ciertos sectores, en general minoritarios, para que sean tenidos en cuenta por las autoridades”. Sin embargo, tal ejercicio no puede paralizar el desarrollo normal de las actividades en comunidad. En otras palabras, el derecho a protestar o a manifestarse públicamente, no puede anular los derechos de las personas que no están en esa manifestación, aunque momentáneamente padezcan de la limitación de algunos de sus derechos. (...) Pues bien, se encuentra que existe unidad de objeto entre este amparo y la acción de tutela identificada con el radicado número 11001-03-15-000-2021-02367-00, decidida por esta Sala mediante sentencia de 5 de agosto de 2021, cuyo ponente fue el Magistrado, doctor César Palomino Cortés; (...) Asimismo, se infiere la existencia de unidad de causa, por cuanto, ambas acciones constitucionales tienen como asidero el movimiento social surgido debido al paro nacional de abril de 2021 y la dinámica en torno a este. (...) [L]a Sala observa que la sentencia en cita otorgó una protección amplia del derecho de protesta, puesto que, además de amparar el derecho deprecado por los accionantes dentro del expediente (...), extendió dicha protección a “los demás ciudadanos protestantes pacíficos”, circunstancia esta en la que ciertamente se encuentra el señor [S.G.]. (...) [L]a Sala no desconoce que, aun cuando se trata de expedientes diferentes, la protección otorgada en la sentencia de 5 de agosto de 2021, resulta ser predicable en el asunto de la referencia, máxime cuando del escrito de tutela no se advierte una situación excepcional que amerite un mayor estudio del caso, por lo cual se dispondrá estarse a lo resuelto en la referida providencia, según lo anotado en líneas anteriores.”

### **Aclaración de voto del consejero Carmelo Perdomo Cuéter**

#### **ACCIÓN DE TUTELA / ACLARACIÓN DE VOTO / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA MANIFESTACIÓN PÚBLICA Y PACÍFICA / VULNERACIÓN DEL DERECHO DE REUNIÓN / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBRE MOVILIZACIÓN / DERECHO A LA PROTESTA PACÍFICA / DAÑO ANTIJURÍDICO POR ACTO VANDÁLICO / USO DESPROPORCIONADO DE LA FUERZA PÚBLICA / PARO NACIONAL / EFECTOS INTER COMUNIS DE LA ACCIÓN DE TUTELA / EFECTOS INTER PARTES DE LA ACCIÓN DE TUTELA**

Tesis: “[P]rocedo a aclarar el voto (...) por cuanto si bien se comparte la apreciación acerca de la vulneración constitucional advertida en la decisión judicial objeto de aclaración, se dispuso en su parte decisoria estarse a lo resuelto en la sentencia de 5 de agosto de 2021, dictada por esta Sala dentro de la acción de tutela 11001-03-15-000-2021-02367-00, al estimar que en esa providencia, además de tutelar los derechos fundamentales invocados por los allí actores, se extendió dicha protección a «los demás ciudadanos protestantes pacíficos», circunstancia en la que se halla el aquí tutelante (...) [S]e advierte que si bien es cierto que en el citado fallo de 5 de agosto de 2021 (al que se ordena estarse a lo resuelto en la sentencia dictada en este asunto) se dispuso, además de amparar los derechos constitucionales fundamentales «a la reunión y manifestación pública y pacífica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad y libre movilización de los accionantes», conceder dicha protección a los «demás ciudadanos protestantes pacíficos», también lo es que no se consignó que esa providencia fuera dictada con efectos inter comunis, con el fin de garantizar el principio de igualdad, lo que resultaba indispensable para hacer extensivos sus efectos al aquí accionante (...) [S]e advierte que a pesar de que el tutelante aduce la condición de manifestante, la orden de «estarse a lo resuelto» en la sentencia de 5 de agosto del año en curso da a entender que en ella ya se decidió el amparo que aquí deprecó, lo cual no se ajusta a la realidad, toda vez que el señor [S.G.] no promovió esa acción constitucional ni fue vinculado a tal asunto, por ende, tampoco tendría certeza acerca de cuál de las decisiones judiciales puede exigir el cumplimiento. Por consiguiente, estimo que, con la finalidad de salvaguardar la efectiva protección constitucional que se solicita, lo jurídicamente correcto en la parte decisoria del fallo era, en primer lugar, amparar, de manera expresa, los derechos fundamentales invocados por el actor en el presente trámite y, en segundo, expresar que, para

asegurar su materialización, no resultaba necesario señalar medidas distintas o adicionales a las ordenadas en la referida sentencia de tutela de 5 de agosto de 2021, puesto que con ellas también garantizan las prerrogativas superiores cuya protección reclama el tutelante.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 22 de septiembre de 2021, C.P. Cesar Palomino, radicación 11001-03-15-000-2021-02477-01 \(AC\), A.V. Carmelo Perdomo Cuéter.](#)

### 3. La Defensoría del Pueblo vulneró el derecho de petición, al no brindar la asesoría requerida en materia de derecho de autor por una mujer en situación de vulnerabilidad.

**Síntesis del caso:** *La accionante afirmó que, en el año 2012 el Instituto Municipal de Cultura de Yumbo – Valle del Cauca - publicó, sin su autorización, unos volantes que incluían dos estrofas de una poesía de su autoría. El 9 de mayo de 2021, la actora, por medios electrónicos, remitió una solicitud, en ejercicio del derecho de petición a varias entidades públicas. La petición estaba encaminada a que se resolvieran, principalmente, los siguientes aspectos: i) que le repararan los daños ocasionados con la publicación; ii) se retire la publicación de un poema y se suspenda su utilización; iii) se salvaguarde el vínculo entre las obras y su autora; iv) que los entes de control actúen frente al caso, sin poner barreras administrativas o burocráticas. Esta Corporación, en segunda instancia, consideró que, la Defensoría del Pueblo- en contravía de su función constitucional de proteger los derechos y garantías de los habitantes del territorio nacional- vulneró el derecho fundamental de petición, situación que se ve agravada en el caso de una mujer que ha manifestado encontrarse en una situación de vulnerabilidad.*

**ACCIÓN DE TUTELA / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE PETICIÓN / DERECHO DE PETICIÓN ANTE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO / AUSENCIA DE RESPUESTA DEL DERECHO DE PETICIÓN / VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN - Por no brindar la asesoría requerida / DERECHO DE AUTOR / FALTA DE CONOCIMIENTO DE PROFESIONAL DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO – No justifica no suministrar la información requerida**

**Problema jurídico 1:** “¿La Defensoría del Pueblo vulneró los derechos fundamentales de la accionante porque no brindó la asesoría que requirió?”

**Tesis 1:** “[S]e evidencia que la solicitud dirigida a la Defensoría del Pueblo era la de actuar en el caso «sin barreras burocráticas, ni administrativas», además de una reunión virtual con esa entidad. En ese sentido, se encuentra demostrado que, una vez recibida la petición, la Defensoría del Pueblo asignó al defensor [D.R.A.], mediante RUP 2809837 del 21 de mayo de 2021, quien se contactó vía telefónica con la accionante para que le enviara por WhatsApp, los documentos que considerara necesarios a fin de asesorarla. Una vez recibidos los mismos, observó que la señora [M.A.] presentó derecho de petición a la Defensoría del Pueblo e identificó los asuntos que le correspondían resolver a esa entidad (...) Igualmente, advirtió que la usuaria requería asesoría jurídica respecto a un tema de derechos de autor. Establecido lo expuesto, de nuevo se comunicó telefónicamente con ella y le indicó que la petición se podía dividir en dos puntos: «uno, el eminentemente jurídico, al cual estaba yo obligado contractualmente a absolver y, el otro, que correspondía a la Institución atender (...)». Sin embargo y atendiendo la intención de la accionante de cambiar de defensor, el profesional del derecho pidió a su supervisora del contrato la reasignación del caso a una mujer como lo requirió la usuaria, en consecuencia, se le remitió el asunto a la defensora [O.R.M.] lo cual consta en el documento radicado 20210060341801551 del 27 de mayo de 2021 a través del cual se le notificó a la accionante de esta decisión. Al respecto, en el informe presentado en razón a esta acción, la abogada [O.J.R.M.] aseguró que se contactó con la señora [M.A.C.A.] y le informó que «en el entendido que ella está solicitando la indemnización a la Alcaldía de Yumbo por medio del Instituto Municipal de Cultura de Yumbo por utilizar sus obras literarias; debido a que sus pretensiones son netamente patrimoniales y/o económicas frente a una entidad pública, debe de agotarse la vía de conciliación prejudicial y por medio de abogado presentar demanda ante lo contencioso administrativo». Además, le indicó que «los hechos narrados pueden encuadrar en los delitos contra los derechos de autor contenidos en el Código Penal, por lo cual puede instaurar denuncia ante esta Entidad, para lo cual no requiere abogado». No obstante lo manifestado por la defensora y contrario a lo sostenido por el a quo, esta Sala de Decisión advierte que no

hay constancia en el expediente de la asesoría que efectivamente se le brindó a la accionante de la que se pueda inferir que el derecho de petición cuya vulneración alega se hubiere protegido (...) [P]ese a la prueba que se le asignó la cita el 30 de agosto de 2021, superado el plazo del derecho de petición, no se demostró que la misma se hubiere efectuado, mucho menos que las respuestas que se le brindaron hubieren sido claras, precisas y congruentes con lo requerido. (...) [T]oda vez que la defensora asignada manifestó que no era especialista en contencioso administrativo, porque su área de estudio solo correspondía al área civil/familia de tal manera que no podía asesorar a la usuaria en esa área, se le ordenará a la Defensoría del Pueblo que se asegure de brindarle a la accionante los profesionales del derecho que le puedan ofrecer una asesoría especializada conforme a las solicitudes que realizó, pues no es un argumento para no responder su petición el hecho de no contar con el conocimiento para resolverlo cuando en dicha entidad deben existir los profesionales expertos para ello. En concordancia con lo anterior, la Defensoría del Pueblo deberá nombrar un nuevo defensor que se encuentre cualificado para dar la respuesta requerida por la accionante y la defensora asignada deberá ser relevada del caso de encontrarse que no cuenta con los conocimientos necesarios para asumirlo, como ella misma lo indicó."

### **ACCIÓN DE TUTELA / DERECHO DE PETICIÓN ANTE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN – Para verificar las omisiones en que había incurrido la Defensoría del Pueblo en el acompañamiento y asesoría solicitada / AUSENCIA DE RESPUESTA DEL DERECHO DE PETICIÓN / VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN**

**Problema jurídico 2:** *¿La Procuraduría General de la Nación vulneró el derecho de petición de la tutelante, al no dar respuesta a la solicitud que presentó, por medio de la cual puso en conocimiento la omisión de la Defensoría del Pueblo en contestarle las solicitudes que había elevado?*

**Tesis 2:** “[L]a[E]l 24 de junio de 2021, la accionante interpuso petición a la Procuraduría General de la Nación toda vez que a pesar de serle asignada una nueva defensora esta no había atendido su solicitud y (ii) solo se tiene constancia que hasta el 30 de agosto de 2021, fue que la Defensoría del Pueblo le asignó cita con la nueva defensora asignada (...) Se adicionará entonces el numeral segundo de la decisión de primera instancia para que la Procuraduría General de la Nación vigile que la actuación de la Defensoría del Pueblo se ajuste a los parámetros legales y constitucionales que enmarcan en el ejercicio de sus funciones con el propósito de garantizar la protección pretendida por la accionante.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 4 de noviembre de 2021, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación 11001-03-15-000-2021-05637-01 \(AC\).](#)

## ACCIONES POPULARES

**Se ordena a la ANI, al municipio de Ibagué y la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A tomar medidas que permitan el cruce de los peatones en la vía que conduce al sector de Picaleña en el referido municipio.**

**Síntesis del caso:** *La DEFENSORÍA DEL PUEBLO – REGIONAL TOLIMA, en ejercicio de la acción popular, contra el municipio de Ibagué y el Instituto Nacional de Vías -Invias, tendiente a que se protejan los derechos colectivos al goce del espacio público y a la seguridad pública, debido a la falta de un puente peatonal en la “Avenida Mirolando, kilómetro 4, vía Picaleña”. El Consejo de Estado, en segunda instancia, hizo precisiones sobre la competencia para la construcción, la operación y el mantenimiento de la infraestructura vial, y concluyó que la ANI y la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A, son responsables por la falta de adopción de medidas que permitan el cruce de los peatones en el referido tramo.*

**ACCIÓN POPULAR / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL GOCE DEL ESPACIO PÚBLICO / VIOLACIÓN DE LA SEGURIDAD PÚBLICA / FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA – Del Instituto**

**Nacional De Vías INVIAS / AUSENCIA DE PUENTE PEATONAL / CONSTRUCCIÓN DE PUENTE PEATONAL / ZONA DE CIRCULACIÓN PEATONAL / COMPETENCIA DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - Administración de las vías concesionadas / COMPETENCIA DEL INVIAS - Ejecución de políticas, estrategias, planes, programas y proyectos de infraestructura no concesionada / CONTRATO DE CONCESIÓN VIAL - concesión vial Girardot – Ibagué – Cajamarca / CRUCE PEATONAL / PLAN ESTRATÉGICO DE SEGURIDAD VIAL / SEÑALIZACIÓN DE VÍA PÚBLICA / COMPETENCIA DE LA ENTIDAD TERRITORIAL - Regulación de la utilización del suelo y orientación del territorio de su jurisdicción**

**Problema jurídico:** *¿La concesionaria, la ANI y el INVIAS son competentes para adoptar las medidas que permita el cruce de los peatones de manera segura en la vía que conduce al sector de Picaleña en el municipio de Ibagué?*

**Tesis:** “[P]ara la Sala no cabe duda que al INVÍAS le corresponde la ejecución de las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos de la infraestructura no concesionada de la red vial nacional de carreteras primarias y terciarias; y la administración de las vías concesionadas le compete a la ANI. (...) [S]e advierte que la concesión vial “Girardot – Ibagué – Cajamarca” actualmente se encuentra vigente (...) [E]n la cláusula sesenta y uno de contrato se establece que las obras adicionales que se estimen convenientes, útiles o necesarias para mejorar el desarrollo del proyecto y la satisfacción del interés general que persigue esa negociación serán acordadas por las partes, para lo cual se realizarán los acuerdos pertinentes, siendo potestativo del INCO, hoy ANI, optar por dos alternativas: contratar al Concesionario o escoger a un contratista a través del procedimiento de selección, en el cual el concesionario podrá participar. (...) [C]ircunstancia por la que es a aquellas a quienes les corresponde, en el marco de sus competencias, elaborar los estudios de seguridad vial orientados a establecer las otras alternativas viales distintas a la construcción de un puente peatonal que garanticen el tránsito y cruce seguro de los peatones y transeúntes del sector (...) sin perjuicio de las controversias contractuales que pueda suscitar dicho asunto al margen de la protección de los derechos colectivos vulnerados, habida cuenta que la presente acción no es un mecanismo para dirimir controversias contractuales-, así como adoptar en coordinación con el Municipio las medidas provisionales para tal efecto. (...) [L]a Sala también modificará parcialmente el numeral primero de la providencia recurrida, en el sentido de declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el INVÍAS, comoquiera que (...) no le compete la ejecución de las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos relacionados con la vía Bogotá – Girardot, por cuanto ésta se encuentra concesionada por parte de la ANI a la CONCESIONARIA SAN RAFAEL, por lo que es a éstas a quienes les corresponde responsabilizarse por las actividades que afecten o amanecen el tránsito seguro de los usuarios de la vía en los términos del contrato de concesión (...).[L]a Sala advierte que (...) aun cuando al Municipio no le asisten funciones de dirección ni administración de las carreteras que integran la red vial nacional, sí le corresponden aquellas relacionadas con la orientación del desarrollo físico del territorio de su jurisdicción y la regulación de la utilización del suelo, competencias con fundamento en las cuales debe coordinar con las entidades condenadas al cumplimiento de las órdenes impartidas en este medio de control a efectos de garantizar la eficacia y efectividad del plan de acción a implementar para garantizar la seguridad de los usuarios viales de la zona objeto de acción.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 28 de octubre de 2021, C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación 73001-23-33-000-2017-00482-01\(AP\).](#)

## ACCIONES DE CUMPLIMIENTO

**El Gobierno Nacional ha omitido su obligación de reglamentar la ruta de atención integral para personas expuestas al asbesto.**

**Síntesis del caso:** *Un ciudadano, en ejercicio del medio de control de cumplimiento, reclamó del gobierno nacional -conformado por el presidente de la República y el Ministerio de Salud y Protección Social- el acatamiento del artículo 12, parágrafo 1º, de la Ley 1968 de 2019, con el fin de que se expida la reglamentación de la ruta de atención integral para personas expuestas al asbesto.*

**ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO / POTESTAD REGLAMENTARIA / PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA / MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL / RUTAS INTEGRALES DE ATENCIÓN EN SALUD / ASBESTO – Personas expuestas / PRÓRROGA DEL PLAZO – Hasta 120 días para expedir la reglamentación**

**Problema jurídico:** *¿El gobierno Nacional incumplió el deber establecido en el artículo 12, parágrafo 1º, de la Ley 1968 de 2019, al no reglamentar la ruta de atención integral para personas expuestas a asbesto y su funcionamiento en los distintos entes territoriales?*

**Tesis:** “[S]e advierte la existencia de un mandato imperativo e inobjetable, en la medida que establece que corresponde al Gobierno Nacional (...), de conformidad con lo establecido en el artículo 115 de la Constitución Política ejercer su potestad reglamentaria para “...la puesta en marcha de la ruta integral y su funcionamiento en los distintos entes territoriales”. (...) Así mismo, debe ponerse de presente que dicha obligación se encuentra vigente desde el 11 de julio de 2019, fecha en la que se profirió la Ley 1968 y exigible desde el 12 enero de 2020, pues como allí se dispuso las autoridades accionadas contaban con seis meses para ejercer su potestad reglamentaria. Entonces, a partir del vencimiento de dicho término bien podía acusarse su incumplimiento, como en efecto lo hicieron los demandantes, esto sin desconocer la tesis antes expuesta que incluso si el legislador no impone término, este juez constitucional puede ordenar su acatamiento. (...) [E]l ministerio accionado dio cuenta de las actuaciones adelantadas a fin de cumplir con el deber reglamentario que impone el parágrafo 1º del artículo 12 de la Ley 1968 de 2019, no obstante, también es lo cierto que la propia cartera ministerial admite que dicho mandato a la fecha no se ha cumplido debido a las múltiples exigencias técnicas y científicas que se requieren para tal efecto. En conclusión, queda evidencia que la norma que se dice desatendida contiene un mandato que recae en el presidente de la república y en el ministro de Salud y Protección Social en el sentido de reglamentar [L]a Sala considera procedente acceder a la petición del ministerio accionado en el sentido de ampliar el plazo que otorgó el tribunal para concluir las etapas que deben surtir a fin de dictar la reglamentación que se reclama. (...) Lo anterior en la medida de la relevancia de la materia a regular, como lo es la creación de una ruta de atención integral en salud para personas expuestas a asbesto que requiere de un alto componente técnico y científico. (...) [L]a petición de ampliar este término refiere a que será utilizado en lo relacionado a la revisión de la evidencia científica, advirtiendo, entre otras, que “...Para ello, se recurre al grupo desarrollador de la Universidad Nacional, en procura de fortalecer la concreción científica de esta ruta...”. (...) De igual manera obra en el expediente copia del “Plan de Trabajo para el Desarrollo Ruta Integral de Atención para las Personas Expuestas a Asbestos” de la Universidad Nacional, Facultad de Medicina que señala que “...para el desarrollo de la Ruta integral de atención para las personas expuestas a asbestos conformamos un grupo desarrollador multidisciplinario compuesto por expertos multidisciplinarios con gran experticia en el tema y metodología de la ruta”, los objetivos generales y específicos de la ruta, los grupos poblaciones expuestos o “con sospecha diagnóstica de asbestosis o de mesotelioma” y la metodología (sic) del trabajo. (...) Los anteriores documentos dan cuenta que (...) el ministerio accionado ha adelantado diversas actuaciones a fin de cumplir con el ejercicio de la potestad reglamentaria que se reclama y que, como lo expuso en la impugnación, el punto relativo a la revisión de la evidencia científica, además de no haberse culminado, requiere del trabajo de un grupo interdisciplinario con gran conocimiento técnico y científico que amerita acceder a la ampliación del término concedido por el tribunal. (...) [S]i bien la obligación impuesta por el legislador debió estar atendida a más tardar en enero de 2020, también lo es que ese año fue atípico por la pandemia que aún nos afecta y de la cual el Ministerio de Salud y Protección Social tuvo que ocuparse en gran medida. (...) [L]a Sala considera procedente ampliar el plazo para que las accionadas cumplan con el deber que les impone el parágrafo 1º del artículo 12 de la Ley 1968 de 2019.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 27 de octubre de 2021, C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación 44001-23-40-000-2021-00027-01 \(ACU\).](#)

# SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

## 1. La causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 2° del artículo 183 de la Constitución Política se configura cuando se acredita la inasistencia injustificada en un mismo período a 6 o más sesiones plenarias donde se hayan votado actos legislativos, proyectos de ley o mociones de censura.

**Síntesis del caso:** *En ejercicio del medio de control de pérdida de investidura en contra del congresista David Alejandro Barguil Assís, un grupo de ciudadanos solicitó que le fuera impuesta dicha sanción por la presunta inasistencia injustificada a más de seis sesiones plenarias en un mismo período.*

**ACCIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Características generales / PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Naturaleza y principios / CARGA DE LA PRUEBA – En principio, no es posible invertir la carga de la prueba en los procesos de pérdida de investidura / PÉRDIDA DE INVESTIDURA / JUICIO DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVO – No basta con acreditar el elemento objetivo de la causal alegada / CAUSAL SEGUNDA DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR INASISTENCIA A LAS SESIONES – Elementos para su configuración / INASISTENCIA DEL CONGRESISTA - El hecho de hacer presencia en el hemiciclo una vez la sesión se ha inaugurado oficialmente impide considerar que el dignatario inasistió a la sesión / ASISTENCIA DEL CONGRESISTA - Asistencia no es igual a votación o participación / REGISTRO DE ASISTENCIA – La asistencia no se equipara al llamado a lista o registro de asistencia que se efectúa en la plenaria / ASISTENCIA Y RETIRO DE LA PLENARIA - El retiro de la sesión en desarrollo presupone que el congresista estuvo presente en la plenaria, pero que se retiró de la misma / INASISTENCIA A LAS SESIONES PLENARIAS – Debe ocurrir en un mismo periodo / SESIONES ORDINARIAS / SESIONES EXTRAORDINARIAS - No es posible sumar inasistencias entre dos legislaturas, dos periodos o dos clases de sesiones / CAUSAL DE AUSENTISMO - Exige que la ausencia del congresista haya ocurrido en sesiones en las que se haya materializado la función legislativa, constituyente y de control político a cargo del órgano de representación popular / INASISTENCIA DEL CONGRESISTA – Se configura si la ausencia no está justificada o no se produjo por motivos de fuerza mayor / COMISIÓN DE SERVICIOS - Autoriza al congresista para desempeñar sus funciones por fuera del recinto donde se adelantan las sesiones plenarias / AUTORIZACIÓN DE LA MESA DIRECTIVA O DEL PRESIDENTE DE LA CORPORACIÓN – Justifica la ausencia del congresista en los supuestos de la Resolución 665 de 2011 / INASISTENCIA DEL CONGRESISTA / CAUSAL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Corresponde al juez establecer si la ausencia se produjo por una situación de fuerza mayor o caso fortuito o en su defecto si esta está justificada o no / TACHA O DESCONOCIMIENTO DE DOCUMENTO – Su finalidad es desvirtuar la presunción de autenticidad del documento y no controvertir el contenido del documento / PERMISOS DE RETIRO DE LA PLENARIA - Si un congresista tiene autorización de la mesa directiva para ausentarse del recinto, no debe agotar el procedimiento previsto para las excusas / JUSTIFICACIÓN DE INASISTENCIA O RETIRO DE LA SESIÓN – Debe ser razonable y válida / INASISTENCIA A SESIONES PLENARIAS – La ausencia injustificada en sesiones donde se ejerce las funciones constituyente, legislativa y de control político se considera como inasistencia / OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DE LOS CONGRESISTAS – Los asuntos de conciencia definidos por los partidos políticos son de carácter enunciativo / ASUNTOS DE CONCIENCIA - pueden existir otros asuntos de conciencia que no están estipulados en los estatutos de los partidos pero que deben ser tratados como tales / MOTIVOS DE CONCIENCIA – Su invocación justifica la ausencia del congresista / PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR INASISTENCIA A SESIONES – Elemento objetivo / ELEMENTO OBJETIVO DE CASUAL DE DESINVESTIDURA – No se configura**

**Problema jurídico:** *¿El congresista David Alejandro Barguil Assís se encuentra incurso en la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 2° del artículo 183 Constitucional por presuntamente no haber asistido a 6 o más reuniones plenarias, dentro de un mismo periodo de sesiones, en las que se hubiesen votado proyectos de ley, actos legislativos o mociones de censura?*

**Tesis:** “Como para ninguno de los periodos analizados se demostró la inasistencia a 6 o más sesiones, tal y como lo exige el numeral 2 del artículo 183 de la Constitución para la configuración de la causal de ausentismo parlamentario, la Sala se abstendrá de analizar el aspecto subjetivo de la causal invocada respecto de las sesiones en las que se demostró la inasistencia. (...) [L]a Sala concluye que las pretensiones de la solicitud de pérdida de investidura deberán negarse, debido a que en ninguno de los periodos demandados se demostró la inasistencia injustificada a 6 o más sesiones plenarias donde se hayan votado actos legislativos, proyectos de ley o mociones de censura. (...) [C]onforme a lo explicado al fijar el alcance de la causal estudiada, no es posible sumar las diversas inasistencias a lo largo del periodo constitucional 2014-2018, en el que el congresista ejerció como Representante a la Cámara. En otras palabras, no es viable sumar las inasistencias que a lo largo de los 4 años examinados la Sala encontró acreditadas”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la causal de pérdida de investidura de ausentismo ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de junio de 2018, radicación: 11001-03-15-000-2018-00318-01. C.P. Guillermo Sánchez Luque.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Dieciséis Especial de Decisión; sentencia del 11 de octubre de 2021; C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 11001-03-15-000-2019-01599-00\(PI\).](#)

## **2. El comportamiento premeditado del exsenador Eduardo Enrique Pulgar Daza para influir en las decisiones de un funcionario judicial, deviene en irrazonable, reprochable y contrario al prestigio y respetabilidad del Congreso, lo que configura la causal de pérdida de investidura por tráfico de influencias debidamente comprobado, consagrada en el artículo 183 numeral 5 de la Constitución Política.**

**Síntesis del caso:** *En ejercicio del medio de control de pérdida de investidura en contra del exsenador Eduardo Enrique Pulgar Daza, un ciudadano solicitó que le fuera impuesta dicha sanción por la causal de «tráfico de influencias debidamente comprobado», prevista en los artículos 183 (numeral 5) de la Constitución Política y 296 (numeral 5) de la Ley 5ª de 1992.*

**PÉRDIDA DE INVESTIDURA / CAUSAL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR TRÁFICO DE INFLUENCIAS DEBIDAMENTE COMPROBADO / PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Naturaleza jurídica / CAUSAL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR TRÁFICO DE INFLUENCIAS DEBIDAMENTE COMPROBADO – Presupuestos para su configuración / PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Constituye una sanción independiente de aquellas que provienen de la declaratoria de responsabilidad penal / PROCESO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Puede servirse de las mismas pruebas recaudadas válidamente en el proceso penal / PROCESO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Prueba trasladada válidamente de un proceso penal / PRUEBA TRASLADADA – Efectos jurídicos / PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Las normas constitucionales sobre pérdida de investidura tienen un sentido eminentemente ético**

**Problema jurídico:** *¿El exsenador Eduardo Enrique Pulgar Daza incurrió en la causal de pérdida de investidura por «tráfico de influencias debidamente comprobado», prevista en los artículos 183 (numeral 5) de la Constitución Política y 296 (numeral 5) de la Ley 5ª de 1992?*

**Tesis:** “[L]o que ilustran las pruebas recaudadas, apreciadas en conjunto con el prisma de la sana crítica, es que fue la condición de senador de la República la razón cardinal que motivó al señor Pulgar Daza a buscar el modo de influir en el juez primero promiscuo de Usiacurí, de la forma dolosa y con los resultados ya descritos. Todo ello para tratar de desviar la justicia o, mejor, para que el juez denegara justicia, comportamiento premeditado, que deviene en irrazonable, reprochable y contrario al prestigio y respetabilidad del Congreso, por lo que su

conducta se aviene a la causal de pérdida de investidura por tráfico de influencias debidamente comprobado, consagrada en el artículo 183 (numeral 5) de la Constitución Política. Agrégase a lo anterior que la dignidad de congresista le es inherente a quien la ostenta y no necesita andarla pregonando, sino que la lleva consigo de manera inseparable, cuanto más tratándose del ámbito regional, donde tal circunstancia comporta verdadera naturaleza de condición notoria”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la causal de pérdida de investidura por tráfico de influencias debidamente comprobado, ver: Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sentencia de 28 de noviembre de 2000, radicado AC-11349, C. P. Olga Inés Navarrete Barrero.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veinticuatro Especial de Decisión; sentencia del 24 de septiembre de 2021; C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación: 11001-03-15-000-2021-01129-00\(PI\).](#)

### **3. Cuando se pretenda la devolución de sanciones por extemporaneidad impuestas con ocasión de un tributo declarado nulo o inexecutable, el contribuyente también tiene la carga de requerir previamente a la entidad recaudadora, a través de los recursos dispuestos en el Estatuto Tributario o en la norma local aplicable y, en caso de no obtener una respuesta favorable, acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.**

*Síntesis del caso: En ejercicio del medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo, el señor Efrén de Jesús Henao Henao, en nombre y representación de Derecho en Línea S.A.S. y de otros comerciantes, instauró demanda contra el municipio de Pereira porque, a través del artículo 3º del Decreto 1122 de 13 de diciembre de 2011, varió el período fiscal del impuesto de industria y comercio y la forma como se tiene que declarar y pagar ese tributo, lo cual estaría en contravía de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 14 de 1983.*

**MECANISMO DE REVISIÓN EVENTUAL EN ACCIÓN DE GRUPO / CASO CONCRETO - Efectos «ex nunc» y «ex tunc» de una sentencia que declara la nulidad de un acto administrativo general. Situaciones jurídicas consolidadas y no consolidadas en materia tributaria. Medio de control idóneo para obtener la devolución de lo pagado por concepto de tributos y/o sanción derivada / REVISIÓN EVENTUAL EN LAS ACCIONES POPULARES Y DE GRUPO – Finalidad / SENTENCIA QUE DECLARA LA NULIDAD DE UN ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL – Efectos ex nunc y ex tunc / DECLARATORIA DE NULIDAD DE UN ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL – Conlleva una consecuencia restitutoria / EFECTOS EX TUNC DE LA SENTENCIA – Solo pueden predicarse de situaciones jurídicas particulares que no están consolidadas / ANULACIÓN DE UN ACTO GENERAL – No conlleva la nulidad de los actos particulares derivados, pues es indispensable que sean cuestionados en sede administrativa y judicial / SITUACIONES JURÍDICAS CONSOLIDADAS – En materia tributaria / SITUACIONES JURÍDICAS NO CONSOLIDADAS – En materia tributaria / DEVOLUCIÓN O RECUPERACIÓN DE UN IMPUESTO QUE NO SE DEBÍA - El contribuyente tiene la carga de solicitar a la entidad recaudadora el resarcimiento por vía administrativa, previo acudir, dentro de la oportunidad legal, a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO – Medio de control idóneo para obtener la devolución de lo pagado por concepto de tributos y/o sanción derivada / DEVOLUCIÓN DE TRIBUTOS Y SANCIONES POR DECLARATORIA DE NULIDAD DEL ACTO GENERAL O DE INEXEQUIBILIDAD DE LA NORMA QUE AUTORIZÓ SU COBRO / DAÑO ANTIJURÍDICO / REPARACIÓN DIRECTA / CASO CONCRETO – Es procedente proferir un fallo de reemplazo**

**Problema jurídico 1:** *¿La sentencia de 30 de septiembre de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, está acorde con los pronunciamientos del Consejo de Estado respecto del daño antijurídico, nexos causal y reclamación previa a la administración, cuando se pretende reclamar el pago de tributos y sanciones derivadas durante la vigencia de una norma declarada nula?*

**Tesis:** “Lo desarrollado en los acápites que anteceden, permite evidenciar que el fallo de 30 de septiembre de 2019, expedido por el Tribunal Administrativo de Risaralda, no acreditó la existencia del daño y de su antijuridicidad, por fuera de los elementos: pago del tributo y/o sanción por extemporaneidad, y declaración de nulidad del acto general que lo autorizó, sino que dio por objetiva la responsabilidad del municipio de Pereira. Además, no desarrolló el carácter tributario de la controversia y necesidad o no de agotar (i) los procedimientos fiscales para la devolución o reintegro del tributo y/o sanción reclamados y (ii) el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Aspectos que se habían abordado en la jurisprudencia del Consejo de Estado y que fueron concretados, en su mayoría, en el fallo de 4 de diciembre de 2018, proferido por la Sala Especial de Decisión No. 4 que declaró próspera la solicitud eventual de revisión contra una sentencia proferida por el mismo Tribunal Administrativo de Risaralda, en la que se concluyó que es imperativo (i) adelantar el procedimiento previo en sede administrativa y judicial y (ii) analizar y especialmente probar el daño antijurídico alegado, sin que se confunda con el perjuicio o lo cuantificable del detrimento. En este punto, resulta pertinente evidenciar que las Salas Especiales de Decisión Nos. 19 y 2, en sentencias de 1º de octubre y 3 de diciembre de 2019, estudiaron casos similares al de la referencia y mantuvieron la posición jurisprudencial descrita, sin enfatizar, como se hace ahora, que cuando se pretende la devolución de sanciones por extemporaneidad impuestas con ocasión de un tributo declarado nulo o inexecutable, el contribuyente también tiene la carga de requerir previamente a la entidad recaudadora, a través de los recursos dispuestos en el Estatuto Tributario y, en caso de no obtener una respuesta favorable, acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Por lo expuesto, no queda camino diferente al de proferir un fallo de reemplazo, en el que se invalidará el del Tribunal Administrativo de Risaralda, y en consecuencia, se revocará el del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Pereira”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la acción de grupo y el daño antijurídico por el pago de un tributo, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, providencia de 4 de diciembre de 2018, expediente 66001-33-31-002-2007-00107-01, M. P. Lucy Jeannette Bermúdez.

**IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO – Generalidades / DEVOLUCIÓN O RECLAMACIÓN DE SUMAS DE DINEROS POR CONCEPTO DE TRIBUTOS - No se pueden pretermitir los procedimientos administrativos previstos en las normas fiscales para su devolución o reclamación / RECLAMACIÓN POR MEDIO DE LA ACCIÓN DE GRUPO – Implica demostrar haber padecido un daño antijurídico / DAÑO ANTIJURÍDICO – Definición / CASO CONCRETO - El grupo actor omitió su deber de constituir la decisión previa de la administración respecto del pago del tributo y/o de la sanción por extemporaneidad / DECLARATORIA DE ILEGALIDAD DE UN TRIBUTO – No es suficiente para decretar la responsabilidad estatal / DEVOLUCIÓN O RECUPERACIÓN DE UN IMPUESTO QUE NO SE DEBÍA - El contribuyente tiene la carga de solicitar a la entidad recaudadora el resarcimiento por vía administrativa, previo acudir, dentro de la oportunidad legal, a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho**

**Problema jurídico 2:** *¿Tienen derecho los demandantes a la devolución de los dineros pagados por concepto de tributos y/o sanciones por extemporaneidad, en cumplimiento de un acto administrativo que de forma posterior fue declarado nulo?*

**Tesis:** “De igual forma, según la jurisprudencia analizada, es necesario agotar previamente la reclamación administrativa conforme a las normas tributarias que regulan la administración territorial, siguiendo el mismo procedimiento que se aplica para (i) las devoluciones de los saldos a favor y/o (ii) la reconsideración de las sanciones por extemporaneidad. Carga que debe asumir y agotar el titular que procura obtener un efecto a su favor. Al descender al caso concreto, se observa que el grupo actor omitió su deber de constituir la decisión previa de la administración respecto del pago del tributo y/o de la sanción por extemporaneidad, conforme a las normas fiscales que así lo determinan. En este punto, resulta imperioso señalar que, la simple imputación realizada por la parte demandante, consistente en que la variación del período fiscal, concretada a través del Decreto 1122 de 2011, comporta una carga económica que no debían soportar, no edifica, por sí sola, la antijuridicidad del daño, más cuando esta Corporación ha enfatizado que la posterior declaratoria de ilegalidad del tributo no es suficiente para decretar la responsabilidad estatal. Así las cosas, el grupo actor no cumplió con el requisito previo establecido en las normas tributarias necesario para acudir a la vía judicial, tampoco demostró que el daño era cierto y antijurídico, por fuera de los elementos: pago del tributo y/o sanción por extemporaneidad, y declaración de nulidad del acto general que lo autorizó, con el correspondiente nexos causal.

Por lo cual, se declararán imprósperas las pretensiones invocadas en este medio de control, lo que releva hacer pronunciamiento respecto a los honorarios del abogado coordinador. La anterior decisión, no sin antes anunciar que se reiterará la posición jurisprudencial mantenida en sentencias de 1º de octubre y 3 de diciembre de 2019, proferidas por las Salas Especiales de Decisión Nos. 19 y 2, con la precisión en el sentido de que cuando se pretenda la devolución de sanciones por extemporaneidad impuestas con ocasión a un tributo declarado nulo o inexecutable, el contribuyente también tiene la carga de requerir previamente a la entidad recaudadora, a través de los recursos dispuestos en el Estatuto Tributario o en la norma local aplicable y, en caso de no obtener una respuesta favorable, acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la devolución de sanciones por extemporaneidad impuestas con ocasión de un tributo declarado nulo o inexecutable ver: Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 19, sentencia de 1º de octubre de 2019, expediente 66001-2333-003-2012-00007-01, C.P. William Hernández Gómez y Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 2, sentencia de 3 de diciembre de 2019, expediente 66001-33-33-004-2012-00105-01, C.P. César Palomino Cortés

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Novena Especial de Decisión; sentencia del 13 de agosto de 2021; C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 166001-33-33-001-2012-00141-01 \(AG\) REV](#)

# SECCIÓN PRIMERA

# 1. Inexistencia de la facultad del Gobierno Nacional para prohibir el reempaque de leche en polvo.

**Síntesis del caso:** *Se presentó demanda para obtener la nulidad del parágrafo 2 del artículo 47 del Decreto 616 del 28 de febrero de 2006 proferido por el Gobierno Nacional, "Por el cual se expide el Reglamento Técnico sobre los requisitos que debe cumplir la leche para el consumo humano que se obtenga, procese, envase, transporte, comercialice, expendi, importe o exporte en el país".*

**AUTORIDADES NACIONALES - Reglamentos / MEDIDAS SANITARIAS Y FITOSANITARIAS / REGLAMENTO TÉCNICO SOBRE REQUISITOS PARA PROCESAR, ENVASAR, TRANSPORTAR, COMERCIALIZAR, EXPENDER, IMPORTAR O EXPORTAR LECHE PARA EL CONSUMO HUMANO / REEMPAQUE DE LECHE EN POLVO – Prohibición / REEMPAQUE DE LECHE EN POLVO – Es una actividad económica lícita / REEMPACADORAS DE LECHE EN POLVO – Licencia sanitaria / REEMPAQUE – Concepto / ADOPCIÓN DE MEDIDAS SANITARIAS Y FITOSANITARIAS – Límites / POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO NACIONAL – Desbordamiento / PROHIBICIÓN DE REEMPAQUE DE LECHE EN POLVO – Es una medida discriminatoria / PROHIBICIÓN DE REEMPAQUE DE LECHE EN POLVO – No es proporcional ni adecuada a la final de la ley / PROHIBICIÓN DE REEMPAQUE DE LECHE EN POLVO – No es justificada y razonable / NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO – Del parágrafo 2 del artículo 47 del Decreto 616 de 2006**

**Problema jurídico:** *"[Determinar] Si como lo propuso la parte demandante, en el presente asunto la parte demandada desbordó el ejercicio de la potestad reglamentaria y prohibió el ejercicio de una actividad económica lícita sin fundamento legal; con lo cual violó los derechos a la libertad de empresa, a la iniciativa privada y a la igualdad, motivo por el cual se debe declarar la nulidad del parágrafo 2.º del Decreto núm. 616 de 2006."*

**Tesis:** "Para la Sala, la ausencia de prueba sobre las presuntas inconsistencias en que venían incurriendo las reempacadoras de leche en polvo; así como la inexistencia de una necesidad de la medida basada en principios científicos, impide concluir que la restricción impuesta a las empresas reempacadoras se fundamentó en motivos razonables que la justifiquen; en concreto, la parte demandada faltó a su deber de probar que era ineludible adoptar una medida prohibitiva de la actividad económica de reempaque de leche en polvo con el fin de proteger la salud de la comunidad en general. Para la Sala, tampoco son justificables los argumentos del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural cuando señala que la prohibición buscaba evitar el reempaque de leche en polvo caducada y, en esa medida, permitir la actividad únicamente de las empresas que tuvieran autorización sanitaria; por un lado, porque si lo pretendido era evitar la venta de leche expirada, la función a ejercer era precisamente la de inspección, vigilancia y control por la autoridad competente en cada una de las reempacadoras; y por el otro, porque la normativa acusada únicamente permite empacar leche empolvo en las procesadoras de leche con licencia sanitaria, desconociendo con ello que algunas reempacadoras de leche bien podía contar con licencia sanitaria para tal efecto. Esta Sala también considera que la medida adoptada por la parte demandada tampoco fue proporcional porque, aunque existiera prueba de que las reempacadoras estaban adulterando la leche en polvo, lo pertinente era iniciar las actuaciones administrativas previstas en la ley para, posteriormente, imponer las sanciones que estableció el legislador, dentro de las cuales se encuentra la cancelación de la licencia sanitaria y el cierre definitivo del establecimiento, las que hubieran tenido como efecto la imposibilidad de ejercer la actividad; además, no se puede olvidar que igualmente se podían iniciar, contra el infractor, las acciones penales a que hubiera lugar. Para la Sala, las facultades de las autoridades competentes en la materia que se estudia están plenamente definidas; como se vio, tienen amplias facultades sancionatorias para evitar que toda persona natural o jurídica, dedicada al reempaque de leche en polvo, incurra en actos que puedan atentar contra la salud humana, de ahí la importancia que ejerzan sus potestades de inspección, vigilancia y control en debida forma, apropiadamente y de manera oportuna. Esta Sala, dicho lo anterior, considera que prohibir a la sociedad en general, el ejercicio de una actividad que se reitera, por ley es lícita, dejándola en manos solamente de los establecimientos en donde aquella se procesa, indudablemente constituye un trato diferenciado respecto de aquellos establecimientos que, contando igualmente con autorización por tener licencia sanitaria, ya no la podían desempeñar por no tener la calidad de procesadora de leche; es decir, la normativa acusada se constituye en un medio que discrimina a todo aquel que amparado en la legalidad ejercía una actividad acorde con el ordenamiento jurídico. La Sala aclara que la acepción "reempaque" hace alusión a empacar un producto por segunda vez, para el caso concreto, leche en polvo; actividad que, se insiste, está reglamentada en la ley como quedó expuesto supra; tan permitida o autorizada es esta actividad económica que, incluso, en el artículo 269 de la Ley 9ª de 1979 se permite la reutilización de envases o empaques usados, siempre que aquellos: i) no se hayan utilizado anteriormente para sustancias

peligrosas; ii) cuando no ofrezcan peligro de contaminación de los alimentos o bebidas; y iii) se encuentren lavados, desinfectados y esterilizados. [...] Para la Sala, los argumentos expuestos permiten predicar que la parte demandada, mediante la expedición del parágrafo 2.º del Decreto núm. 616 de 2006, infringió los artículos 13, 189, numeral 11, y 333 de la Constitución Política. Conclusiones Atendiendo a que la parte demandante logró desvirtuar la presunción de legalidad del parágrafo 2.º del Decreto núm. 616 de 2006, porque: i) la prohibición de reempaque de leche en polvo desbordó la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional; ii) fue discriminatoria respecto de las empresas que no tenía la categoría de procesadoras de leche; iii) no fue proporcional y adecuada a la finalidad de la ley; y iv) careció de prueba que permitiera considerarla como justificada y razonable; la Sala accederá a las pretensiones de la demanda.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 28 de octubre de 2021; C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-24-000-2010-00148-00.](#)

## 2. Los actos ejecutorios no son susceptibles de ser controlados de manera autónoma e independiente, si lo que se pretende es la anulación de una obligación originada en un acto administrativo que no fue demandado.

**Síntesis del caso:** *La sociedad Cerrejón Zona Norte S.A. CZN, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda para obtener la nulidad de los actos expedidos por el Ministerio de Transporte mediante los cuales se ejecuta la Resolución 3615 de 2002 y ordena pagar por la utilización en forma temporal y exclusiva de las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas y por la ocupación y utilización de las instalaciones portuarias existentes ubicadas en la zona de uso público y/o infraestructura y se resuelve un recurso de reposición.*

**DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA Y PORTUARIA DIMAR – Concesión a CARBOCOL en los terrenos de bajamar en la zona de Bahía Portete / DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA Y PORTUARIA DIMAR – Permiso de construcción para la realización de un complejo portuario para la explotación y exportación de carbón / SUPERINTENDENCIA GENERAL DE PUERTOS – Homologación de la concesión de CARBOCOL / OBLIGACIONES COMO CONSECUENCIA DE LA HOMOLOGACIÓN DE LA CONCESIÓN – Pago de una contraprestación / CESIÓN DE LA CONCESIÓN PORTUARIA / CONTRATO ENTRE CARBOCOL Y LA SOCIEDAD CERREJÓN ZONA NORTE S.A. CZN DE TRANSFERENCIAS Y EXPLOTACIÓN MINERA – Cesión de la titularidad de la concesión portuaria en Bahía Portete / PLAYAS Y ZONAS DE BAJAMAR - Régimen tarifario para concesiones autorizadas antes de la ley 01 de 1991 / PRÓRROGA DE LA CONCESIÓN PORTUARIA – Condiciones / CONCESIÓN PORTUARIA – Reversión / ACTO QUE PRORROGÓ LA CONCESIÓN PORTUARIA – Establece la obligación de pagar contraprestación por el uso de las de playas y terrenos de bajamar y por la infraestructura portuaria / OCUPACIÓN Y UTILIZACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA PORTUARIA – Contraprestación / CONTRAPRESTACIÓN POR USO DE LA INFRAESTRUCTURA PORTUARIA – Cálculo / ACTO EJECUTORIO – Lo es aquel que ejecuta una decisión administrativa / ACTO EJECUTORIO – El que determina el valor de la liquidación por contraprestación por zona de uso público y por uso de infraestructura / ACTO EJECUTIVO Y ACTO DE EJECUCIÓN – Codependencia / PROPOSICIÓN JURÍDICA INCOMPLETA – Se presenta porque no se demandaron los actos administrativos que contienen la obligación a ejecutar / ACTO EJECUTIVO Y ACTO EJECUTORIO – Debieron ser demandados concomitantemente / ACTO EJECUTORIO – No es susceptible de control judicial**

**Problema jurídico:** “[D]eterminar si, en sede de nulidad y restablecimiento del derecho, las Resoluciones num. 08928 del 12 de julio de 2002 y 004247 del 26 de junio de 2003 son actos susceptibles de control judicial de manera autónoma e independiente, o si, por el contrario, al limitarse a cumplir lo ordenado en las Resoluciones num. 012501 del 21 de diciembre de 2001 y 003615 del 18 de marzo de 2002, resultaba indispensable integrarlas por ser creadoras de la contraprestación que se controvierte en este proceso, esto es, la contraprestación por el uso de infraestructura.”

**Tesis:** “La Sala concuerda con lo precisado con la primera instancia cuando indicó que en la Resolución 003615

de 2001 se ordenó la liquidación de la contraprestación económica, la cual incluye la contraprestación por el uso y goce temporal y exclusivo de las zonas de uso público y por la infraestructura desde el vencimiento del término inicial de la autorización, esto es, 1º de julio de 2003, en desarrollo de lo cual el Ministerio de Transporte expidió la Resolución 008928 de 2002 con la cual se fijaron los valores que debían pagarse por estos conceptos. El objeto de las resoluciones demandadas fue la liquidación por contraprestación por zona de uso público y por uso de infraestructura. La discusión e inconformidad del actor frente a esa decisión, no radica en el monto de la contraprestación por uso de la infraestructura, pues el demandante no se refirió a este aspecto, sino a controvertir la obligación por contraprestación por uso de infraestructura. En otras palabras, todo se reduce a que el actor reclama que la contraprestación por uso de infraestructura no debe ser cobrada desde el 2003 sino a partir del año 2033. Cabe resaltar que no se encuentra suficiente asidero en lo precisado por el actor cuando sostiene que existió entre el acto ejecutivo, Resolución 003615 de 2002, y el acto ejecutorio, Resolución 004247 de 2003, una ruptura irreparable: "mientras en la resolución 003615 de 2002, el Ministerio afirmó de manera contundente que la 'obligación de revertir se aplaza hasta el término de la autorización' y por lo tanto la decisión de 'revocar la orden de revertir anticipadamente', en la resolución 004247 afirmó que 'una vez revertidos los bienes empezará a correr la prórroga de los primeros diez años de concesión'". En otras palabras, precisó que "si el Ministerio revocó la decisión de aplazar la reversión hasta el año 2033, quiere decir que, modificó la resolución 003615 de 2002 sin obtener el consentimiento de CZN S.A.". No obstante, como se aprecia, lo decidido en las dos resoluciones demandadas no constituyó un tema nuevo o modificadorio, sino simplemente la concreción de lo que estaba plasmado en las Resoluciones 012501 del 21 de diciembre de 2001 y 003615 del 18 de marzo de 2002, es decir, la obligación de pagar la contraprestación por uso de infraestructura. De la lectura integral de los actos precitados, la Sala encuentra que la Resolución 003615 del 18 de marzo de 2002 causó el nacimiento de un derecho a favor del Estado y de una obligación a cargo del concesionario; y el acto ejecutorio, Resolución No. 08928 del 12 de julio de 2002. Emanada del Ministerio de Transporte, materializó lo ordenado por el primero, tanto de la obligación de pagar por una contraprestación por el uso de playas y terrenos de bajamar como por la ocupación y utilización de instalaciones portuarias. La Sala encuentra que el actor, al momento de ejercer la acción subjetiva de anulación prevista en el artículo 85 del CCA, no demandó el acto administrativo que originó la obligación sin que tampoco se configuren los supuestos para afirmar la procedencia excepcional del control de legalidad frente a actos administrativos de ejecución. [...] De manera que es claro que con la demanda se busca que no se cobre la obligación de liquidación de la contraprestación por uso de infraestructura entre 2003 y 2033, y también lo es que las pretensiones estuvieron mal formuladas, pues de los actos administrativos demandados y de los hechos de la demanda se desprende: i) que la Resolución 003615 de 2002 no fue demandada, y ii) que ante el cobro de esta contraprestación, la accionante debió demandar oportuna y concomitantemente el acto ejecutivo y el acto ejecutorio, pero no lo hizo. Por tanto, la omisión de lo expuesto vicia sustancialmente el alcance de la pretensión anulatoria en el marco de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo que se traduce en la configuración de la denominada proposición jurídica incompleta, que impide el ejercicio de la capacidad decisoria del juez frente al litigio propuesto, tornando procedente denegar las pretensiones frente a las resoluciones demandadas. Así las cosas, considera la Sala que las Resoluciones 08928 del 12 de julio de 2002 y 004247 del 26 de junio de 2003, expedidas por la autoridad administrativa demandada, tienen la naturaleza jurídica de actos ejecutorios no susceptibles de control judicial, en tanto que se limitaron a ejecutar las órdenes contenidas en la Resolución ejecutiva 003615 de 2002, y según lo analizado por la Sala anteriormente, los actos demandados no se encuentran dentro de las excepciones previstas por las reglas trazadas por el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado."

NOTA DE RELATORÍA: En la sentencia también se estudia la evolución normativa de las concesiones portuarias, el principio de gratuidad antes de la Ley 1 de 1991, el régimen de transición de las concesiones portuarias (Ley 1 de 1991), la onerosidad del contrato de concesión y las posturas de las diferentes secciones del Consejo de Estado en torno al control de legalidad de los actos ejecutorios.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 14 de octubre de 2021; C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 25000-23-31-000-2003-00877-01.](#)

# SECCIÓN SEGUNDA

# 1. Se declara la nulidad del Decreto 26 del 9 de enero de 2018, que estableció un cupo de cincuenta funcionarios de la carrera diplomática y consular que podían estar escalafonados en la categoría de embajador para el año 2018.

**Síntesis del caso:** El Gobierno Nacional expidió el Decreto 26 del 9 de enero de 2018. A través de dicho acto administrativo de carácter general, se estableció en cincuenta el cupo de funcionarios de la carrera diplomática y consular de la República que podían estar escalafonados en la categoría de embajador de que trata el artículo 31 del Decreto Ley 274 de 2000, para el año 2018. Ese reglamento fue demandado en el medio de control de nulidad, en el cual se adujo que este fue expedido adoleciendo de falta de competencia, expedición irregular, falsa motivación y violación de las normas en las que debía fundarse. Frente a lo alegado, la Sala consideró que se configuraron los siguientes vicios: (i) Incompetencia, porque la norma acusada reglamentó un asunto reservado al legislador; (ii) expedición irregular, ya que no se agotó el trámite de publicación de los proyectos específicos de regulación y ese defecto procedimental fue trascendente; y (iii) violación de las normas en que debía fundarse por desconocimiento del principio de confianza legítima, ya que el decreto demandado fue proferido de manera intempestiva, sin garantizar la participación previa de los interesados en el tema que reglamentó.

## RESERVA DE LEY EN LA DETERMINACIÓN DEL NÚMERO DE CUPOS PARA ASCENDER A LA CATEGORÍA DE EMBAJADOR EN LA CARRERA DIPLOMÁTICA Y CONSULAR

**Problema jurídico 1:** *¿La determinación de la cantidad de cupos para el ascenso a la categoría de embajador en la carrera diplomática y consular es un asunto reservado al legislador y, por lo tanto, el Gobierno Nacional no podía reglamentar el tema sin tener cobertura legal adecuada?*

**Tesis:** “Sí es un asunto reservado al legislador, de acuerdo con lo consagrado en el inciso tercero del artículo 125 de la Constitución. Esto, por cuanto, como lo advirtió la Corte Constitucional en la sentencia C-292 de 2001, la determinación del número de cupos para los funcionarios que pueden ser promovidos a la categoría de embajador tiene incidencia directa en el derecho a ascender dentro de la carrera diplomática y consular, y una eventual limitación excesiva de la cantidad de cupos puede romper el equilibrio que ha de existir entre la facultad de libre nombramiento y remoción del presidente frente al cargo de embajador y el 20% de funcionarios de carrera que como mínimo deben ocupar ese mismo cargo, de conformidad con la declaración de exequibilidad condicionada en dicha providencia, de lo preceptuado en el cuarto inciso del párrafo primero del artículo 6.º del Decreto Ley 274 de 2000”

## ELEMENTOS PARA LA CONFIGURACIÓN DEL VICIO DE EXPEDICIÓN IRREGULAR POR LA OMISIÓN DE PUBLICACIÓN PREVIA DE LOS PROYECTOS ESPECÍFICOS DE REGULACIÓN

**Problema jurídico 2:** *¿El Decreto 26 de 2018 está viciado de expedición irregular por el incumplimiento del requisito de publicación previa de los proyectos específicos de regulación, previsto en el numeral 8.º del artículo 8.º del CPACA?*

**Tesis 2:** “El decreto acusado sí está viciado de expedición irregular por el incumplimiento del requisito de publicación previa de los proyectos específicos de regulación, previsto en el numeral 8.º del artículo 8.º del CPACA, debido a la trascendencia que tuvo el incumplimiento de este requisito formal de procedimiento. En todo caso, se precisa que el incumplimiento de este requisito no vicia por sí solo el acto administrativo de carácter general, por cuanto, tanto esta Corporación como la doctrina, han señalado de manera reiterada que, en virtud de los principios constitucionales de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y de eficacia de la función administrativa, las irregularidades formales que no tengan trascendencia en los derechos y garantías fundamentales, pueden ser subsanadas y no implican necesariamente la anulación del acto. En ese orden de ideas, para definir la trascendencia de la irregularidad que puede llevar a la anulación del acto administrativo es posible acudir, inicialmente, a un criterio eminentemente normativo, según el cual, si un precepto jurídico positivo le da el carácter de esencial a una formalidad, su incumplimiento puede generar la nulidad del acto, lo cual ocurre, por ejemplo, con la consulta previa. Luego, de no existir disposiciones en el anterior sentido, la

determinación de la importancia de los requisitos formales en un caso concreto puede ser objeto de ponderación, esto es, de un ejercicio comparativo en el que se busca un equilibrio práctico entre, por un lado, los principios o derechos que subyacen a las reglas sobre las formalidades a las que debía sujetarse la manifestación unilateral de voluntad de la administración y, por el otro, de los que, en sentido contrario, propugnan por la eficacia de la actuación administrativa en un caso concreto”

## EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA EN LA EXPEDICIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

**Problema jurídico 3:** *¿En la emisión del Decreto 26 de 2018 se violó el ordenamiento superior por el desconocimiento del principio de confianza legítima?*

**Tesis 3:** “En la expedición del Decreto 26 de 2018 sí se violó el ordenamiento superior por el desconocimiento del principio de confianza legítima, toda vez que el Gobierno Nacional emitió el acto administrativo acusado para reglamentar un asunto reservado al legislador y, además, de manera intempestiva, sin darle participación en su configuración a la ciudadanía y a los funcionarios de la carrera diplomática y consular, y sin que frente a este existieran antecedentes reglamentarios en los diecisiete años posteriores a la declaración de inexecutable del numeral 2.º del artículo 31 del Decreto Ley 274 de 2000, lo que razonablemente hacía suponer que quienes tenían la expectativa de ascender a la categoría de embajador en el 2018, esperaban que el número de cupos para tales efectos solo pudiera ser definido por el legislador”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 14 de octubre de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-25-000-2018-00302-00\(1046-18\).](#)

## 2. No se configura la causal de revisión 5 del artículo 250 del CPACA por carencia total de motivación de una sentencia que se abstuvo de pronunciarse expresamente sobre los efectos temporales del Decreto 2070 de 2003 y negar la reliquidación de la asignación de retiro de un agente con inclusión de la prima de actividad en un 50%.

**Síntesis del caso:** *El señor (...) en ejercicio del recurso extraordinario de revisión de que trata el artículo 250 numeral 5 del CPACA, solicitó que se infirme la sentencia del 9 de noviembre de 2016, a través de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó la reliquidación de la pensión con inclusión del 50% de la partida computable «prima de actividad» prevista en el Decreto 2070 de 2003. En su criterio, dicha sentencia carece de motivación. Explicó que era beneficiario de las disposiciones contenidas en el referido decreto toda vez que este estuvo vigente del 28 de julio de 2003 al 6 de mayo de 2004, cuando la Corte Constitucional lo declaró inexecutable en sentencia C-432 de 2004.*

### CAUSAL DE REVISIÓN NUMERAL 5 DEL ARTÍCULO 250 DE LA LEY 1437 DE 2011/ FALTA DE MOTIVACIÓN/ AJUSTE DE ASIGNACIÓN DE RETIRO DE AGENTE CON 50% DE LA PRIMA DE ACTIVIDAD / DECRETO 2070 DE 2003

**Problema jurídico:** *¿Existe nulidad originada en la sentencia del 9 de noviembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C y, por ende, se configura la causal 5 de revisión prevista en el artículo 250 del CPACA, por haberse abstenido de aplicar el Decreto 2070 de 2003 para efectos de definir el porcentaje de la prima de actividad en la liquidación de la asignación de retiro?*

**Tesis:** “El recurrente estima que se configuró la causal de revisión por carencia total de motivación, en consideración a que la sentencia objeto del recurso no resolvió el punto central de la apelación, en la medida que denegó las pretensiones de la demanda sin pronunciarse expresamente sobre la aplicación del Decreto 2070 de 2003 y sus efectos temporales, pese a que se encontraba vigente para el 12 de febrero de 2004, cuando se dio el retiro del servicio. [...] Agregó, que ello tiene efecto en el porcentaje en el que se debe tomar la partida

de prima de actividad, pues, en su sentir, debe computarse en un 50% y no en un 20%. [...] [L]a nulidad originada en la sentencia por ausencia de motivación se presenta ante la carencia absoluta de pronunciamiento del juez sobre las razones de hecho o de derecho que sirvieron de fundamento a la decisión, o cuando se basa en circunstancias manifiestamente erróneas, incompletas o de actitudes dolosas. No aplica, así, para controvertir las razones del fallo ni la apreciación que de los hechos y de las pruebas hizo el fallador. [...] [U]na vez analizadas las probanzas [...], el Tribunal concluyó que las disposiciones que regían la asignación de retiro del señor [...] eran las contenidas en el Decreto 1213 de 1990 que recobraron vigencia en cuanto se declaró la inexecutable del Decreto 2070 de 2003. Decisión que se estima plausible teniendo en consideración que: i) en el artículo 100 del Decreto 1213 de 1990, así como en el artículo 23 del Decreto 2070 de 2003, se consignaron las partidas computables para el reconocimiento pensional, dentro de las cuales se encuentra la prima de actividad; ii) el artículo 101 de la norma de 1990, determinó expresamente la forma de calcular la prima de actividad, que sería de acuerdo al tiempo de servicio, en el caso bajo estudio, sería el 20% ya que el agente laboró entre 20 y 25 años y, iii) del articulado que integra el Decreto 2070 de 2003, ninguno se refiere a la forma de calcular la prima de actividad, esta solamente está enlistada sin señalar un porcentaje en específico, pues se indica que la asignación de retiro se calcula tomando el tiempo de servicios y los factores salariales allí descritos. [...] Con todo, aunque se admitiera la aplicación del Decreto 2070 de 2003, tampoco tendría el efecto jurídico que el recurrente pretende, esto es, que se modifique el porcentaje en el que se tomó la prima de actividad como partida computable en la asignación de retiro. Lo anterior, porque esta norma no incluyó tal cambio. De ahí que el juez de primera instancia se refirió a la posibilidad de atender el Decreto 2863 de 2007, que sí lo introdujo, pero se abstuvo de aplicarlo, por dos razones: 1) porque reguló a los oficiales y suboficiales mas no a los agentes, como el demandante y 2) porque es posterior al retiro del solicitante, y por lo demás su entendimiento de las normas que regulaban la asignación de retiro del demandante fue la misma que tuvo la sentencia de segunda instancia.»

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de 26 de agosto de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-25-000-2017-00852-00\(4598-17\)](#)

### 3. La vinculación de un docente a colegio anexo de la Universidad Tecnológica del Chocó no otorga el derecho de obtener el ingreso automático al escalafón docente universitario.

**Síntesis del caso:** *Docente con vinculo en colegio anexo de la Universidad Tecnológica del Chocó, que se desempeñó en preescolar, primaria y educación básica, solicitó el ingreso automático al escalafón docente universitario y el consecuente reconocimiento de salarios y prestaciones sociales. Frente a la petición el ente universitario guardo silencio.*

**VINCULACIÓN DE DOCENTE A COLEGIO ANEXO DE LA UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DEL CHOCÓ- No otorga la calidad de docente universitario / INCLUSIÓN AUTOMÁTICA EN EL ESCALAFÓN DOCENTE EDUCACIÓN MEDIA AL ESCALAFÓN DOCENTE UNIVERSITARIO – Improcedencia**

**Problema jurídico:** *¿El desempeñar el cargo de docente en colegio anexo de la Universidad Tecnológica del Chocó otorga el derecho al ingreso automático al escalafón docente universitario?*

**Tesis:** “La Universidad Tecnológica del Chocó podía tener colegios anexos, como en el que la actora prestó sus servicios, pues estos hacían parte de sus programas de extensión o de servicios, sin que ello implique una vinculación como docente universitaria y que sus sueldos deban ser pagados como tales, pues su desempeño, se reitera, fue como docente de preescolar, básica primaria y básica con énfasis en ciencias naturales. Ahora bien, en lo que tiene que ver a su ingreso en el escalafón universitario se llega a similar conclusión, también, como expresión de la autonomía universitaria, en consideración a que la demandante no ha concursado para ser incluida en este en los términos de los artículos 70 y 76 de la Ley 30 de 1992, que establecieron que la incorporación de los docentes universitarios «(...) se efectuará previo concurso público de méritos cuya reglamentación corresponde al Consejo Superior Universitario.» (...) Así, entonces, no habrá lugar a la inscripción de la actora en el escalafón universitario y al pago de los salarios reclamados por la accionante en el escalafón del nivel universitario, pues:- Si bien es cierto que esta fue nombrada por el rector y el secretario de la Universidad Tecnológica del Chocó, también lo es que su desempeño fue como docente de preescolar, básica

primaria y básica con énfasis en ciencias naturales, sin que esta circunstancia implique una vinculación como docente universitaria y que sus sueldos deban ser pagados como tales. La demandante no ha concursado para ser incluida en el escalafón universitario en los términos de los artículos 70 y 76 de la Ley 30 de 1992, que establecieron que la incorporación de los docentes universitarios se efectuará previo concurso público de méritos cuya reglamentación corresponde al Consejo Superior Universitario. [...]"

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 10 de junio de 2021, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación: 27001-23-33-000-2015-00017-01\(3450-18\).](#)

#### **4. Es computable el tiempo de servicio prestado y que no fue objeto de cotización por la entidad empleadora, para efecto de cumplir con las 750 semanas de cotización exigidas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 1995 para ser beneficiario del régimen de transición.**

**Síntesis del caso:** *Una servidora pública solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación. La petición fue atendida desfavorablemente por la administración por considerar que no cumplía con el requisito de acreditar las 750 semanas de cotización exigidas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005 para ser beneficiaria del régimen de transición, en la medida en que no era posible computar el tiempo de servicio prestado que no fue objeto de cotización por la entidad empleadora.*

**PENSIÓN POR APORTES - Requisitos / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN – Para ser beneficiario se requiere contar con 750 semanas a la vigencia del Acto legislativo a de 2005 / FALTA DE APORTES POR PARTE DEL EMPLEADOR - No puede afectar el reconocimiento pensional máxime cuando la entidad de previsión puede repetir contra las entidades / PRESCRIPCIÓN DE MESADAS PENSIONALES – No configuración /**

**Problema jurídico:** *¿Se puede computar para efecto de cumplir con el requisito de contar con 750 semanas a la entrada a la vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005 para ser beneficiario del régimen de transición, el tiempo de servicio prestado por el servidor público y que no fue objeto de cotización por parte de la entidad empleadora?*

**Tesis :**“La demandante acredita haber laborado 5.366 días, correspondientes a 766,5 semanas, antes de la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.(...) se advierte que Colpensiones omitió el periodo laborado -del 30 de junio de 1995 hasta el hasta el 31 de diciembre de 1995- en el que la trabajadora se encontraba vinculada con la gobernación de Córdoba en el cargo de jefe de División de Proyectos Comunitarios; razón la cual, para la entidad demandada la interesada no cumple las 750 semanas laboradas requeridas por el Acto Legislativo 01 de 2005, para conservar el régimen de transición(...) Esta Sala destaca que la acumulación de tiempo de servicio laborado, indistintamente de haberse realizado o no los aportes, debe tenerse en cuenta para efectos pensionales, como quiera que “el hecho de no haberse realizado las cotizaciones no puede convertirse en una circunstancia imputable al empleado, ni se trata de una carga que este deba soportar, mucho menos para efectos del reconocimiento de un derecho pensional”, máxime cuando la entidad de previsión puede repetir contra las entidades obligadas al pago a prorrata del tiempo laborado o de los aportes efectuados, para que cumplan con su obligación, ya sea a través de bono pensional o cuota parte. En virtud de lo expuesto, la Sala desestima las alegaciones realizadas por Colpensiones en cuanto a que la demandante no conservó el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; por cuanto la actora contaba con más de 35 años a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 a nivel territorial y, como quedó demostrado, acreditó las 750 semanas de cotización a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 08 de julio de 2021, C.P. César Palomino Cortés, radicación: 23001-23-33-000-2015-00069-01\(3037-19\)](#)

## 5. Revocatoria de acto que notifica a abogado sin personería jurídica de sentencia condenatoria, no requiere el consentimiento previo del apoderado.

**Síntesis del caso:** *Cajanal expidió un acto en cumplimiento de una sentencia condenatoria que ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación y la notificación al hoy demandante en calidad de apoderado. El beneficiario de la condena solicitó revocar el acto en cuanto ordenó la mencionada notificación, pues, quien ostentaba dicha calidad era otro profesional del derecho. El apoderado solicitó a la entidad previsional el reconocimiento y pago de los honorarios profesionales, por considerar que al revocar el acto sin su consentimiento previo y escrito imposibilitó el derecho de presentar reclamación administrativa. La administración negó la solicitud.*

**REVOCATORIA DE ACTO QUE NOTIFICA A ABOGADO SIN PERSONERÍA JURÍDICA DE SENTENCIA CONDENATORIA – No requiere el consentimiento previo del apoderado / REVOCATORIA DE PODER– Facultad exclusiva del poderdante / PAGO DE HONORARIOS PROFESIONALES DE CARÁCTER PRIVADO – Competencia de la jurisdicción ordinaria**

**Problema jurídico:** *¿Al demandante le asiste razón jurídica para reclamar el reconocimiento y pago de los honorarios profesionales no sufragados por su poderdante, toda vez que al expedir la entidad pública el acto administrativo acusado, sin su consentimiento expreso y escrito se frustró la posibilidad de cobrarlos en sede administrativa?*

**Tesis:** “La Sala evidencia que la decisión de la desaparecida Cajanal contenida en el acto censurado, por medio del cual revocó el artículo duodécimo de la Resolución 234 de 15 de enero de 2009, que le reconoció personería al demandante como apoderado del beneficiario de la condena que la jurisdicción ordinaria laboral le impuso a aquella, no fue adoptada motu proprio o en forma arbitraria o caprichosa, sino porque el acreedor de la orden de pago, esto es, el señor Girando Cabrales, lo pidió; hecho que aceptó aquel organismo al precisar que, en efecto, en el expediente administrativo no obraba ningún poder que lo autorizara para obtener el cumplimiento de la orden judicial, lo que procedió a enderezar. En este orden de ideas, a la parte demandada no le correspondía adelantar el trámite de revocación directa que preveían los artículos 69 a 74 del CCA, como lo asevera el accionante, pues la situación jurídica creada o modificada, de carácter particular y concreto, estaba en cabeza exclusivamente del destinatario de la pensión de jubilación, es decir, del poderdante, mas no de su apoderado. Ahora bien, dada la controversia suscitada entre el demandante y el señor Giraldo Cabrales frente a la causación o pago de los honorarios por la gestión de aquel para obtener el reajuste pensional, advierte la Sala que esta debió ser planteada y dilucidada por el juez laboral, conforme lo establece el artículo 2 (numeral 6) del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. (...). Se reitera, no se advierte ningún yerro por parte de la extinguida Cajanal al revocar el artículo duodécimo de la Resolución 234 de 15 de enero de 2009, que dispuso su notificación al actor como «[...] apoderado del interesado», por cuanto dicha actuación devino de la solicitud del señor Giraldo Cabrales, quien, como se vio, estaba facultado para revocar el poder que con anterioridad le había conferido al actor, y si este estaba inconforme con la presunta omisión de aquel respecto del pago o liquidación de los honorarios que pudieron haberse causado, debió iniciar las acciones judiciales que tenía a su alcance, como se lo advirtió Cajanal al desatar el incidente formulado en tal sentido.[...]”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 13 de agosto de 2021, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación: 23001-23-31-000-2013-00006-01\(6087-19\)](#)

## 6. El Consejo Superior de la Judicatura tiene competencia para dictar autónomamente, y de manera excepcional y exclusiva, las regulaciones y los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la Administración Judicial, en los aspectos no previstos por el legislador».

**Síntesis del caso:** *El demandante afirmó que el Consejo Superior de la Judicatura, mediante la Circular PSAC11-31 de 2011, creó requisitos distintos a los que el legislador estableció para que operara la figura del traslado y reguló una materia que ya había sido definida por el Decreto 1660 de 1978, pues la Ley 270 de 1996 se limitó a establecer las modalidades de los traslados, pero no reguló afinidades ni equivalencias de los cargos en la Rama Judicial, es decir, que en esos aspectos seguía vigente la normativa anterior.*

**TRASLADO DE SERVIDORES / CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA / POTESTAD REGLAMENTARIA / PROVISIÓN DE CARGOS EN LA RAMA JUDICIAL / TRASLADO DE FUNCIONARIOS CONDICIONADO / AFINIDAD FUNCIONAL / EFICIENCIA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO / PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD**

**Problema jurídico:** *¿Los actos acusados desconocen el ordenamiento jurídico superior por incurrir en falta de competencia y exceso de la potestad reglamentaria, imposibilidad de condicionar las solicitudes de traslado a la publicación de los empleos vacantes y vulnerar el derecho a la igualdad entre los servidores judiciales?*

**Tesis:** “Esta corporación ha expresado que el Consejo Superior de la Judicatura tiene la potestad de «regular, reglamentar y administrar la carrera judicial, en virtud de lo cual, tiene competencia para dictar autónomamente, y de manera excepcional y exclusiva, las regulaciones y los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la Administración Judicial, en los aspectos no previstos por el legislador». El Consejo Superior de la Judicatura no rebasó su potestad reglamentaria al establecer la tabla de afinidades, es decir, los cargos respecto de los cuales podía predicarse el traslado, pues el legislador no reguló en integridad la materia, sino que fijó un marco dentro del cual dicha corporación judicial podía válidamente expedir la normativa general tendiente a viabilizar la ejecución de la Ley 270 de 1996. [...] [E]n concordancia con el artículo 132 de la Ley 270 de 1996, los cargos en la Rama Judicial se proveen de tres formas, a saber: a) en propiedad; b) en provisionalidad; y c) en encargo. En lo que atañe al presente estudio, es oportuno hacer referencia a la primera de las citadas modalidades, la cual está prevista para los empleos en vacancia definitiva, «en cuanto se hayan superado todas las etapas del proceso de selección si el cargo es de Carrera, o se trate de traslado». A su vez, para proceder al traslado de un servidor que ocupa un cargo en propiedad, se exigen los siguientes requisitos: i) afinidad de funciones entre los cargos de origen y destino del traslado; ii) igualdad de categoría entre los empleos; y iii) identidad de requisitos para acceder a los cargos. [...] [L]a Sala se aparta del entendimiento del actor en tanto refiere que cuando el legislador exige «funciones afines» entre los cargos objeto del traslado no pueden aplicarse criterios de jurisdicción o especialidad; por el contrario, tal afirmación deja de lado que el traslado es una forma de provisión del empleo público en propiedad y, por lo tanto, debe sujetarse a altos estándares de eficiencia y respeto del principio del mérito como rector de la carrera judicial para el ingreso, la permanencia y la promoción en el servicio. [...] La distribución de competencias en las diferentes jurisdicciones y especialidades no son caprichosas, sino que obedecen a razones de eficiencia y propenden por el interés de los asociados que deben acudir a la administración de justicia para dirimir sus conflictos, los cuales revisten variadas naturalezas. Además, dicha medida permite la racionalización del trabajo en la rama judicial, por ende, es legítima e idónea para alcanzar altos objetivos constitucionales en lo que respecta al acceso a la administración de justicia y la efectividad de los derechos. [...] [L]a Sala considera que el Consejo Superior de la Judicatura no excedió su potestad reglamentaria al condicionar el traslado a que el cargo de origen y destino respondan a criterios de jurisdicción y especialidad, pues ello también hace parte de la afinidad funcional que exige el artículo 134 de la Ley 270 de 1996 para aplicar dicha figura. [...] [E]n principio, las argumentaciones presentadas por el Consejo Superior de la Judicatura para que se mantenga la legalidad del artículo 3 del Acuerdo PSAA12-9312 de 2012 resulta suficiente y congruente de cara a la eficiencia en la prestación del servicio público, en los términos analizados en precedencia, pues el hecho de que los empleos de citador y escribiente tengan asignadas funciones afines sin atención a una determinada área del derecho, permite concluir que desde su ingreso al servicio se prevé la posibilidad de que las competencias de los empleados sean aprovechables en los diferentes despachos judiciales sin importar la especialidad a la que estén adscritos”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de 09 de septiembre de 2021, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 11001-03-25-000-2015-00631-00\(1876-15\)](#)

## **7. Actualmente los diputados no gozan del régimen especial previsto para los congresistas, sino que se sujetan a lo regulado en la Ley 100 de 1993, salvo quienes se encuentren en el régimen de transición, a quienes se les aplicarán las normas anteriores siempre y cuando no hubieran sido derogadas.**

**Síntesis del caso:** *El recurrente sostiene que tiene derecho a que se le reconozca una pensión de jubilación similar a la devengada por un Congresista, por cuanto al ser beneficiario del régimen de transición, le son aplicables las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 y sin tope mínimo legal. Por su parte, el a quo en la sentencia de primera instancia, accedió a las pretensiones de la demanda, al considerar que se debe declarar la nulidad del acto administrativo demandado por haberse expedido en aplicación de una norma diferente a la indicada por el ordenamiento jurídico superior, y en tal medida, la pensión del demandado está sujeta al tope máximo legal de 20 salarios mínimos legales mensuales previsto en el decreto 314 de 1994.*

### **RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DIPUTADOS / EMPLEADOS DE LAS ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES / MIEMBROS DE LAS CORPORACIONES PÚBLICAS / RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DEL ORDEN NACIONAL**

**Problema jurídico 1:** *¿Son beneficiarios del régimen especial de congresistas los diputados beneficiarios del régimen de transición de la ley 100 de 1993?*

**Tesis 1:** “El Acto Legislativo 1 de 1996, que reformó el artículo 299 de la Constitución Política, previó que los diputados tendrían derecho a una remuneración durante las sesiones correspondientes y que estarían amparados por un régimen de prestaciones y seguridad social, en los términos que fije la ley, disposición que los vinculó al sistema integral de seguridad social creado por la Ley 100 de 1993, por ser considerados miembros remunerados de corporaciones públicas. Por su parte, el artículo 29 de la Ley 617 de 2000 dispuso que «Los Diputados estarán amparados por el régimen de seguridad social previsto en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones complementarias. En todo caso se les garantizará aseguramiento para salud y pensiones. [...] Ahora bien, los diputados sujetos a la transición prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conservaron el régimen pensional anterior consagrado en las Leyes 6 de 1945 y 48 de 1962, y los Decretos 1723 de 1964 y 1222 de 1986 [...] [R]especto a la posibilidad de extender todas las prestaciones sociales contenidas en el Decreto 1045 de 1978 a los diputados porque el Decreto 1919 de 2002 consagró que a los empleados de las asambleas departamentales se les aplicaría el régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional, debe tenerse en cuenta que estos no son ni funcionarios, ni empleados públicos, sino miembros de las Corporaciones Públicas. [...] Se desprende de lo anterior que no es posible extender a los diputados el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del orden nacional, pues tienen una característica diferente, respecto de la cual, en la Constitución Política, se estableció que tendrían un régimen salarial y prestacional concreto diferente de los demás servidores públicos. Es preciso poner de presente que los diputados cumplen funciones eminentemente políticas y excepcionalmente ejercen función administrativa, motivo por el cual se justifica que tengan un tratamiento diferente, tanto en lo relacionado con su régimen salarial y prestacional, y que se puede extender a otros ámbitos como el régimen disciplinario y fiscal. [...] [E]sta Sección ha sostenido que, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, el régimen aplicable tanto para los diputados como para los congresistas cambió. [...] De lo anterior se colige, que actualmente los diputados no gozan del régimen especial previsto para los congresistas, sino que se sujetan a lo regulado en la Ley 100 de 1993, salvo quienes se encuentren en el régimen de transición, a quienes se les aplicarán las normas anteriores siempre y cuando no hubieran sido derogadas”.

### **MIEMBROS DE LAS CORPORACIONES PÚBLICAS / RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS DIPUTADOS BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE LA LEY 100 DE 1993**

**Problema jurídico 2:** *¿Cuál es el régimen pensional aplicable a los diputados beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993?*

**Tesis 2:** “Si bien los diputados sujetos a la transición prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 conservaron el régimen pensional anterior consagrado en las Leyes 6ª de 1945 y 48 de 1962, y los Decretos 1723 de 1964 y 1222 de 1986, después de la expedición de la Constitución de 1991 su régimen prestacional cambió y es totalmente disímil al de los congresistas. [...] [T]eniendo en cuenta que el señor (...) fungió como diputado del departamento del Cesar hasta el 30 de diciembre de 1998 y es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es de concluir que su situación pensional se encuentra regida por el régimen pensional anterior, esto es, el consagrado en la Ley 33 de 1985 en cuanto a edad, tiempo de servicios y monto. [...] [A]unque la norma aplicable (...) para el reconocimiento pensional era la Ley 33 de 1985, esto es, la disposición anterior a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, tal situación no significa que sea beneficiario del régimen especial de congresistas, ni que este le sea homologable, pues para la fecha en que se desempeñó como diputado de la Asamblea Departamental ya se encontraba vigente el Acto Legislativo 1 de 1996, que reformó el artículo 299 de la Constitución Política, en virtud del cual, los diputados tendrían derecho a una remuneración durante las sesiones correspondientes y que estarían amparados por un régimen de prestaciones y seguridad social, en los términos que fije la ley, disposición que los vinculó al sistema integral de seguridad social creado por la Ley 100 de 1993, por ser considerados miembros remunerados de corporaciones públicas. Es decir, acorde con lo probado en el proceso, su desempeño como diputado de la Asamblea Departamental del Cesar lo fue después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 cuando ya se había modificado el régimen prestacional entre dichos cargos”.

### **MESADA PENSIONAL MÁXIMA / TOPE PENSIONAL / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL**

**Problema jurídico 3:** *¿Está sometida la mesada pensional del beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, a los topes pensionales establecidos en la norma y sus desarrollos?*

**Tesis 3:** “Desde la Ley 4 de 1976, todas las pensiones de los funcionarios públicos han estado sujetas a límites en su cuantía, toda vez que dicha medida garantiza la distribución equitativa de los recursos limitados en seguridad social y materializa los principios de solidaridad, eficiencia, equidad, universalidad y sostenibilidad fiscal. [...] [L]a Sala observa que, en principio, al señor (...) le sería aplicable el límite pensional previsto en la Ley 71 de 1988 para las pensiones reconocidas en virtud de las Ley 33 de 1985, toda vez que: (i) esta última normativa no se refirió al tope máximo del monto de la pensión y; (ii) la misma solo definió los requisitos para acceder a la prestación social y su porcentaje. En efecto, ante la falta de regulación sobre dicho tema, es imperioso remitirse a las normas de carácter general que lo fijan, esto es, el artículo 2 de la Ley 71 de 1988. No obstante, en virtud del principio de favorabilidad se debe dar aplicación al límite máximo de 20 salarios mínimos mensuales legales vigentes de que trata el Decreto 314 de 1994 reglamentario de la Ley 100 de 1993 por ser más beneficioso que el monto señalado en la Ley 71 de 1988, además porque su prestación se reconoció a partir de 1999, es decir, en vigencia de la Ley 100 de 1993 que fijó el límite en 20 SMLMV”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de 07 de octubre de 2021, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 20001-23-33-000-2013-00091-01\(1245-15\)](#)

# SECCIÓN TERCERA

# 1. La Rama Judicial fue condenada a responder patrimonialmente por el error judicial de la Corte Suprema de Justicia, al rechazar una demanda laboral de empleado de una embajada con fundamento en la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas que, no dispone una inmunidad de jurisdicción en asuntos laborales.

**Síntesis del caso:** *“La demanda que dio origen al proceso fue interpuesta el 28 de agosto de 2003. Se dirigió contra el Ministerio del Interior y de Justicia, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Congreso de la República y la Rama Judicial, para obtener la indemnización del daño causado por la imposibilidad de poder demandar a su empleador, la embajada del Líbano, para obtener el reconocimiento de sus derechos laborales, en atención a la existencia de una inmunidad jurisdiccional a favor de la embajada.”*

**RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS LABORALES / DERECHOS LABORALES / DERECHOS LABORALES DEL TRABAJADOR / CORTE SUPREMA DE JUSTICIA / RECHAZO DE LA DEMANDA / CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE RELACIONES DIPLOMÁTICAS / INMUNIDAD RELATIVA DE JURISDICCIÓN / JURISDICCIÓN LABORAL / HECHO GENERADOR DEL DAÑO / EMBAJADA / DAÑO / ACREDITACIÓN DEL DAÑO / DERECHO A LA JURISDICCIÓN / DAÑO ANTIJURÍDICO / CONFIGURACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / PRESTACIONES SOCIALES / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / ESTADO / MINISTRO DE RELACIONES EXTERIORES / IMPUTACIÓN / REPARACIÓN DEL DAÑO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / AGENTE DEL ESTADO / CONDUCTA DEL AGENTE DEL ESTADO / CULPA DEL AGENTE DEL ESTADO / FALTA DEL AGENTE DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD DEL AGENTE DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL AGENTE DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO DERIVADA DE DAÑOS CAUSADOS POR AGENTE DEL ESTADO / DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / DAÑO CAUSADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

**Problema jurídico 1:** *¿El rechazo de una demanda para el reconocimiento y pago de los derechos laborales adeudados por una embajada, con fundamento en la convención internacional sobre relaciones diplomáticas, que no prevé una inmunidad jurisdiccional en materia laboral, constituye daño antijurídico consistente en la pérdida de la oportunidad y vulneración del derecho al acceso a la administración de justicia imputable al Ministerio de Relaciones Exteriores, al Congreso de la República y a la Rama Judicial?*

**Tesis 1:** “La Sala confirmará la decisión (...) de condenar a la Rama Judicial porque se demostró que la demandante sufrió un daño antijurídico consistente en la pérdida de la oportunidad de obtener el reconocimiento y pago de los derechos laborales adeudados por la embajada del Líbano. Dicho daño es imputable a la Rama Judicial porque fue generado por una decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia. (...) No accederá a la petición de la recurrente dirigida a que la condena se extienda al Congreso de la República y al Ministerio de Relaciones exteriores, porque el daño no es imputable a ninguna de estas entidades: no tuvo origen en la expedición de una ley, ni tuvo origen en actuaciones u omisiones de los funcionarios de la Cancillería. La Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas aprobada por la ley 6 de 1972 no prevé una inmunidad jurisdiccional en materia laboral y este es un punto que la misma Corte Suprema de Justicia reconoció en una providencia (...) [E]s claro que lo que frustró la posibilidad de que la demandante pudiera reclamar el pago de sus derechos laborales en nuestro país fue la decisión de la Corte Suprema de Justicia de rechazar su demanda con base en una convención que no establecía la inmunidad de jurisdicción en materia laboral. El hecho generador del daño no fue la expedición de la ley, pues en ésta no se consagró la aludida inmunidad, y tampoco la actuación del Ministerio de Relaciones, pues la decisión de tramitar la reclamación ante nuestra jurisdicción no es de su resorte. (...) Como consecuencia de lo anterior, la demandante no pudo de manera definitiva adelantar una demanda contra quien fue su empleador la embajada (...) para obtener el reconocimiento de sus derechos laborales. (...) El daño sufrido por la demandante, que consiste en la violación de su derecho a acudir a la jurisdicción para reclamar los derechos laborales ante su empleador, es antijurídico porque es particular y grave, como quiera que se refiere al pago de las prestaciones causadas durante gran

parte de su vida laboral y carece de justificación. No existe ninguna razón con base en la cual pueda concluirse que la demandante tenga la obligación de sufrir un detrimento patrimonial derivado de la aplicación de una convención que, tal y como está probado plenamente, no establecía una inmunidad para reclamar derechos laborales. (...) En esta oportunidad, la Sala no podría negar la reparación reclamada por la demandante al estar demostrado que lo que generó el daño no fue la aprobación legislativa de un convenio, ni la intervención del Ministerio de Relaciones, sino una decisión judicial que, con fundamento en el mismo convenio, determinó que la demandante no tenía derecho a acudir a la jurisdicción. La constatación de esta circunstancia solamente conlleva una variación en relación con la entidad a la cual le es imputable el daño. (...)"

**NOTA DE RELATORÍA:** Atinente al tema, consultar, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de octubre de 2013, C.P. Hernán Andrade Rincón, exp. 25000-23-26-000-2001-02817-01 (30286). Así mismo, ver, Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

## **INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO DEL TRABAJADOR SIN JUSTA CAUSA / IMPROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO DEL TRABAJADOR SIN JUSTA CAUSA / PRUEBA / MEDIOS DE PRUEBA / EMBAJADA / RECURSO DE APELACIÓN / EMPLEADOR / PERDIDA DE OPORTUNIDAD / DAÑO / EXPECTATIVA LEGÍTIMA EN MATERIA LABORAL / AUSENCIA DE PRUEBA / FALTA DE PRUEBA / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / FALTA DE CERTEZA DE LA OCURRENCIA DEL DAÑO**

**Problema jurídico 2:** *¿En la acción de reparación directa por pérdida de la oportunidad de acceder a la administración de justicia laboral, para solicitar la indemnización por despido sin justa causa, le corresponde a la demandante acreditar que tenía una expectativa cierta o con grandes probabilidades de certeza de obtener su reconocimiento, lo que implica que debe allegar pruebas idóneas de que el despido fue sin justa causa?*

**Tesis 2:** "La Sala negará la indemnización por este concepto [indemnización por despido sin justa causa], porque a partir de las pruebas aportadas al proceso no es posible determinar con certeza las condiciones en las que se dio la desvinculación de la demandante de la embajada. Si bien la parte demandante manifiesta en el recurso de apelación que a quien le correspondía acreditar que existió una justa causa de despido era a su empleador, lo cierto es que al ser la pérdida de oportunidad el daño objeto de estudio del presente proceso de reparación directa, la Sala solo se puede pronunciar sobre aquellos perjuicios en los que la parte demandante hubiere acreditado que tenía una expectativa cierta o con grandes probabilidades de certeza de obtener su reconocimiento. Sin embargo, la parte actora no allegó pruebas idóneas para acreditar que fue despedida sin justa causa por la embajada. (...)"

**NOTA DE RELATORÍA:** Acerca de la aplicación de los cambios jurisprudenciales, consultar providencia de 25 de septiembre de 2017, Exp. 50892, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Sobre la facultad de las entidades estatales para imponer multas unilateralmente, consultar providencias de 4 de junio de 1998, Exp. 13988, C.P. Ricardo Hoyos Duque; de 20 de junio de 2002, Exp. 19488, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

### **Salvamento de voto del consejero Alberto Montaña Plata**

## **TÍTULO DE IMPUTACIÓN / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / ARGUMENTACIÓN JURÍDICA / LEY ESTATUTARIA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / FALTA DE APLICACIÓN DE LA LEY / DAÑO CAUSADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / SERVIDOR PÚBLICO DE LA RAMA JUDICIAL / EMPLEADO JUDICIAL / FUNCIONARIO JUDICIAL**

**Problema jurídico 1:** *¿El juez debe estudiar la configuración del título de imputación procedente cuando en reparación directa se alega el daño antijurídico de vulneración del acceso a la administración de justicia que genera la pérdida de oportunidad de reparar los derechos del accionante?*

**Tesis 1:** "En la Sentencia se resolvió confirmar la condena a la Rama Judicial bajo el argumento de que "una decisión judicial (...), determinó que la demandante no tenía derecho a acudir a la jurisdicción". Sin embargo, no se estudió si, efectivamente, se configuró alguno de los títulos procedentes, de conformidad con la Ley 270 de 1996. Considero que la fijación en desconocer los títulos de imputación como elementos de la responsabilidad llevó a desconocer, incluso, lo previsto en una ley estatutaria comoquiera que la aludida ley estableció los títulos por los cuales debe responder el Estado ante una acción de uno de sus funcionarios o empleados judiciales y, en esa medida, debía estudiarse el caso dentro de ese marco legal. Sin embargo, la decisión se limitó a afirmar que la Rama judicial debía responder porque el daño fue "particular, grave y sin ninguna justificación", sin más

argumentación.”

**SALVAMENTO DE VOTO / IMPUTACIÓN DEL DAÑO / CONGRESO DE LA REPÚBLICA / MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES / CONTROVERSIA LABORAL / ANTECEDENTE JURISPRUDENCIAL / VIOLACIÓN DEL ANTECEDENTE JURISPRUDENCIAL / RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR / FUNCIÓN DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES / EMBAJADA /**

**Problema jurídico 2:** *¿se desconocen los antecedentes jurisprudenciales cuando el juez de reparación directa no realiza un análisis riguroso de la imputación del daño al Ministerio de Relaciones Exteriores y al Congreso de la República, que fueron demandadas por la falta de reconocimiento y pago de los derechos laborales adeudados por una embajada a su trabajador, con fundamento en la convención internacional sobre relaciones diplomáticas, y declarar solo imputable a la Rama Judicial por señalar como origen del daño una decisión judicial?*

**Tesis 2:** “En la Sentencia, respecto del Congreso y del Ministerio de Relaciones Exteriores se indicó: “El daño no es imputable a ninguna de estas entidades: no tuvo origen en la expedición de una ley, ni tuvo origen en actuaciones u omisiones de los funcionarios de la Cancillería”. En la Sentencia se desconoció que existían unos antecedentes de esta Corporación en los cuales se había condenado a las dos autoridades o al Ministerio de Relaciones Exteriores. Con fundamento en ello y en lo complejo del caso y de la responsabilidad por lo ocurrido, se extraña un análisis más riguroso respecto de los motivos por los cuales era o no procedente atribuirles el daño a las 2 autoridades demandadas. Especialmente, si se tiene en cuenta que, de acuerdo con los antecedentes –párrafo 10.1-, el recurso de apelación se dirigía especialmente a que se condenara al Congreso y al Ministerio de Relaciones Exteriores. Frente a este último Ministerio debo indicar que, a mi juicio, tenía unas obligaciones de acompañamiento y apoyo ante el desafortunado trato laboral recibido por la señora (...) de la Embajada del Líbano que no fueron estudiadas para determinar su responsabilidad.”

**SALVAMENTO DE VOTO / INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / LIQUIDACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / INDEMNIZACIÓN DE DERECHOS LABORALES / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / COMPETENCIA DEL JUEZ LABORAL / FALTA DE COMPETENCIA DEL JUEZ / COMPETENCIA DEL JUEZ ADMINISTRATIVO / FALTA DE COMPETENCIA DEL JUEZ ADMINISTRATIVO / LIQUIDACIÓN DE ACRENCIAS LABORALES**

**Problema jurídico 3:** *¿El juez administrativo tiene competencia, al determinar la reparación de perjuicios, para reconocer el auxilio de cesantías, los intereses sobre este auxilio, la indemnización moratoria, vacaciones y prima de servicio con base en las fórmulas laborales respectivas?*

**Tesis 3:** “Para determinar la reparación de perjuicios, la Sala resolvió, a través de las fórmulas laborales respectivas, reconocer el auxilio de cesantías, los intereses sobre este auxilio, la indemnización moratoria, las vacaciones y la prima de servicio, decisión que, a mi juicio, implica arrogarse competencias del juez laboral para liquidar los factores salariales y prestacionales adeudados.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 8 de septiembre de \(2021\), C. P. Martín Bermúdez Muñoz radicación 25000-23-26-000-2003-01880-01\(42198\)](#)

## **2. Se condena patrimonialmente al Ministerio de Defensa Nacional por el daño antijurídico derivado de homicidio en persona protegida y homicidio en persona protegida en la modalidad de tentativa, perpetrados en un operativo irregular.**

**Síntesis del caso:** *Una pareja de ciudadanos se encontraba en su finca ubicada en zona rural cuando fueron atacados con armas de fuego por miembros del Ejército Nacional en un operativo ilegal, ocasionándoles la muerte y lesiones personales.*

**MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO – Cláusula general / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / DAÑO ANTIJURÍDICO / CONCEPTO DE DAÑO ANTIJURÍDICO / FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / MUERTE DE CIUDADANO / LESIÓN A CIUDADANO / MUERTE DE CIVIL / LESIÓN A CIVIL / LESIONES PERSONALES / MUERTE DE CIVIL CON ARMA DE FUEGO / DAÑO OCASIONADO POR MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA / EJÉRCITO NACIONAL / DEBER DE PROTECCIÓN**

**Problema jurídico:** *¿En materia de responsabilidad patrimonial del Estado, es procedente analizar la imputación jurídica sin tener en cuenta la acreditación del daño antijurídico?*

**Tesis:** “El artículo 90 de la Constitución Política contiene la cláusula general de responsabilidad del Estado. El avance significativo del sistema implementado, basado en la noción de daño antijurídico, fue haber reivindicado el daño –y por consiguiente a la víctima– y su función en la institución de la responsabilidad. En efecto, el daño entendido como la afectación, vulneración o lesión a un interés legítimo y lícito se convirtió en el eje central de la obligación resarcitoria y, por ende, tanto la atribución como la fundamentación normativa o jurídica del deber de reparar quedaron concentrados en un nuevo elemento que es la imputación. En otros términos, el análisis de la responsabilidad no inicia con el título o régimen jurídico aplicable, sino con la verificación de la existencia del daño entendido como la alteración negativa a un interés lícito o situación jurídicamente protegida. En el sub lite, el daño –muerte del señor (...) y lesiones de (...)– se encuentra demostrado. (...) La Sala, una vez constatada la existencia del daño, procede a realizar el estudio de imputación, para lo cual será determinante establecer si el daño puede atribuirse a la entidad demandada. (...) es posible señalar que miembros del Ejército Nacional actuaron de manera arbitraria, al realizar un operativo de captura, aun cuando ellos no tenían la competencia para hacerlo, y tampoco existía orden para su proceder, adicional a las actuaciones irregulares como no identificarse en el inmueble de la demandante, llevar armamento cargado y el uso de capuchas. En este caso, la responsabilidad del Ejército se ve comprometida en la medida en que varios de sus miembros -quienes tienen el deber de brindar seguridad y protección a todas las personas y garantizar sus derechos- prevalidos de su condición, dispararon sin justificación alguna contra la vivienda, sin importar que dentro de ella se encontraran sus habitantes y de esta manera cercenaron su vida e integridad física”.

**MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO – Cláusula general / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / DAÑO ANTIJURÍDICO / CONCEPTO DE DAÑO ANTIJURÍDICO / FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / MUERTE DE CIUDADANO / LESIÓN A CIUDADANO / MUERTE DE CIVIL / LESIÓN A CIVIL / LESIONES PERSONALES / MUERTE DE CIVIL CON ARMA DE FUEGO / DAÑO OCASIONADO POR MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA / EJÉRCITO NACIONAL / DEBER DE PROTECCIÓN**

**Problema jurídico 2:** *¿Puede predicarse la configuración de la culpa exclusiva de la víctima o de la concurrencia de culpas, cuando se presenta la reacción de fuga de las víctimas en el momento de la concreción del daño?*

**Tesis 2:** “[E]n el recurso de apelación se plantea la configuración de culpa exclusiva de la víctima, o subsidiariamente, la concurrencia de culpas, porque la huida de las víctimas aumentó el riesgo de la concreción del daño; lo cierto es que dicha situación por sí sola no constituye un eximente o atenuación de la responsabilidad de la demandada, comoquiera que el actuar de las víctimas se vio justificado por la presencia de personas armadas, encapuchadas, sin identificarse, en horario nocturno, ocultos y sin protocolo de captura, por lo que la demandante y su esposo no tenían por qué saber que las personas que ingresaron a su domicilio eran miembros de las Fuerzas Armadas, lo que significa que su reacción de fuga, era totalmente legítima; por el contrario, la actuación de los militares fue abiertamente arbitraria, ilegal e infundada, vulneró la vida e integridad de quienes, indefensos, habitaban el predio. Debe advertirse que no se demostró que las víctimas hayan usado un arma de fuego en contra de los militares, recuérdese que en el informe pericial efectuado por miembros de policía judicial se consignó que solo se evidenciaron vainillas de proyectiles de armamento tipo fusil, equipo usado por los miembros del Ejército. (...) En efecto, la falla no solamente se encuentra verificada en la ejecución de un operativo sin orden previa, sino que en su actuar quedó acreditado el uso arbitrario de las armas de dotación sin que mediara juicio alguno de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, el escenario es a todas luces contrario a los postulados de garantía de los derechos humanos. En ese sentido, la Sala confirmará la responsabilidad atribuida al Ministerio de Defensa (...).

**NOTA DE RELATORÍA:** En relación con la valoración de los testimonios trasladados de otros procesos, ver Consejo de Estado, sentencia del 11 de septiembre de 2013, Exp 20601, C.P. Danilo Rojas Betancourth, En relación con la prueba

indiciaria, ver Corte Suprema de Justicia, sentencia del 26 de octubre de 2000, Exp 15610. En relación con los perjuicios morales, ver Consejo de Estado, sentencia del 28 de agosto de 2014, Exp 27709, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia de 24 de septiembre de 2021; C.P. María Adriana Marín, radicación: 85001-23-31-000-2011-00214-01 \(52470\).](#)

### 3. La Nación deberá reparar a la hija de Jorge Eliécer Gaitán por daños a su honra, imagen y al buen nombre.

**Síntesis del caso:** *Se demandó la responsabilidad del Estado por la privación de la tenencia y uso de la “Casa Gaitán”, así como la indemnización de los perjuicios derivados del desprestigio a que fueron sometidos los miembros de esa familia, y que tuvieron origen en el supuesto manejo indebido que uno de ellos le dio a un Instituto de naturaleza pública.*

**CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / DAÑO ANTIJURÍDICO / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL / BIEN CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADO / DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA / CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO AL BUEN NOMBRE / CONCEPTO DEL DERECHO AL BUEN NOMBRE / DAÑO AL BUEN NOMBRE / DERECHO AL BUEN NOMBRE / INTENSIDAD DEL DAÑO - Revictimización a familiares / CASO HOMICIDIO LÍDER POLÍTICO - Jorge Eliecer Gaitán / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA / LÍMITES DEL DERECHO A LA PROPIEDAD**

**Problema jurídico:** *¿Es responsable el Estado por el daño a la honra y buen nombre de la demandante y familiares, al haber endilgado conductas irregulares en su contra sin mediar una sentencia penal condenatoria en firme y haber restringido el ingreso a la Casa Museo?*

**Tesis:** “Para la Sala, se acreditó un daño consistente en la afectación al derecho al buen nombre, a la honra y a la dignidad de Gloria Amparo Gaitán Jaramillo, cuando, desde diferentes escenarios, se indicó, de manera más o menos expresa, que la administración del Instituto Colparticipar por parte de aquella había sido ilegal y se le impidió la entrada a la Casa Museo Gaitán. (...)se le atribuyó la comisión de delitos en momentos en los que la Fiscalía no había tomado determinaciones al respecto; pero además, se probó que, con posterioridad a una de las decisiones que le fue favorable, dicha práctica persistió, ya que se continuaron generando suspicacias en torno a la administración que aquella le dio al Instituto Colombiano para la Participación –Colparticipar-. A la postre resultó que, como lo ponen en evidencia los elementos de juicio que se recaudaron y lo destacará enseguida la Sala, todas esas sospechas y acusaciones resultaron infundadas.(...) La prohibición de acceder a la Casa Museo en ese contexto, es abiertamente incompatible con la dignidad humana y con el derecho que, como víctimas directas del asesinato de Jorge Eliécer Gaitán, las demandantes tenían para visitar su tumba con el fin de rendirle culto, práctica considerablemente arraigada en la cultura colombiana (...) la imagen de Gaitán Jaramillo quedaba expuesta -o al menos necesariamente asociada- a la antítesis de los valores democráticos y morales que, históricamente, se han asociado a la acción política del dirigente político Jorge Eliecer Gaitán. En otros términos, la postura asumida por la entrante dirección de Colparticipar y por la Universidad Nacional, aunque no se haya demostrado que hubiera tenido ese objeto, sí tuvo por efecto dejar en el ambiente la sensación de que la hija del líder político estaba involucrada en actos de corrupción, circunstancia de por sí grave, pero que se exponenciaba (sic) en su aptitud dañina ante el hecho de que esos actos se habrían dado en el manejo de la entidad creada, precisamente, para honrar la vida y obra de su padre, aspecto que sin duda, afectó su honra, su buen nombre y su dignidad. El daño así identificado es imputable al Instituto Colombiano para la Participación y a la Universidad Nacional de Colombia, conclusión que fluye, sin mayores esfuerzos, de la valoración probatoria realizada hasta este momento, a partir de la cual es evidente que esas entidades no estaban facultadas para poner en tela de juicio, en la forma en que lo hicieron, el buen nombre, la honra y la imagen de Gloria Amparo Gaitán Jaramillo, mucho menos impedirle a ella y a sus hijas la posibilidad de rendir culto en la tumba de su abuelo y padre, afectado su dignidad”.

**MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO – Cláusula general / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / DAÑO ANTIJURÍDICO / CONCEPTO DE DAÑO ANTIJURÍDICO / FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / MUERTE DE CIUDADANO / LESIÓN A CIUDADANO / MUERTE DE CIVIL / LESIÓN A CIVIL / LESIONES**

**PERSONALES / MUERTE DE CIVIL CON ARMA DE FUEGO / DAÑO OCASIONADO POR MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA / EJÉRCITO NACIONAL / DEBER DE PROTECCIÓN**

**Problema jurídico 2:** *¿En cuanto a la afectación del derecho constitucionalmente protegido, de tener acceso a la tumba de su abuelo y padre con fines de rendirle culto a su memoria, resultan procedentes medidas de reparación no pecuniarias frente al acceso a bienes de uso público?*

**Tesis 2:** “La Sala no cuenta con elementos de juicio que le permitan sostener que la difusión de esa idea en varios escenarios correspondió a una premeditada política de desprestigio concebida por el gobierno del presidente Álvaro Uribe Vélez. Sí quedó demostrado, en cambio, que se trató de una práctica realizada por Colparticipar y la Universidad Nacional que fue, en cierta forma, consistente y que, en las condiciones ya indicadas, conllevó un menoscabo de la honra, buen nombre e imagen de Gloria Amparo Gaitán Jaramillo y de sus hijas, de quienes, cabe precisar, nunca se comprobó en este juicio que hayan resultado responsables civil, penal o disciplinariamente por actos indebidos relacionados con la administración de Colparticipar. Para la reparación de ese perjuicio es preciso tener presente que en Sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, la Sección Tercera reiteró los criterios para tasar las afectaciones a bienes constitucionales. Así, se determinó que las medidas de reparación no pecuniarias deben privilegiarse frente a las pecuniarias, que se otorgarán en casos excepcionales, cuando aquellas no sean suficientes para resarcir el perjuicio y se concederán únicamente en favor de la víctima directa, hasta por un monto de 100 SMLMV, siempre que no hubiere sido indemnizado a título de daño a la salud. (...) Para la reparación del derecho que las demandantes tenían de rendir culto a la memoria de [JEG] en el sitio donde reposan sus restos, esta Corporación ordenará que se les garantice el acceso a su tumba y a la Casa Gaitán, ello, desde luego, dentro de las limitaciones propias de la categorización que tiene el inmueble donde está emplazada como Monumento Nacional y atendiendo a que el complejo arquitectónico donde se halla es un bien de uso público que, por razones de seguridad, no puede permanecer constantemente abierto, lo que no podrá pretextarse de manera absoluta para desconocer que el mausoleo tiene especial valor de afección para [la demandante] y su familia. Las medidas de reparación no pecuniarias que se ordenarán son, a juicio de la Sala, razonables oportunas y suficientes para la reparación de las afectaciones enunciadas. (...).

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la responsabilidad del Estado por daño al buen nombre, ver sentencia de 12 de octubre de 2017; Exp. 40559; C.P. Ramiro Pazos Guerrero, del 27 de septiembre de 2000; Exp. 11601; C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez y de 22 de mayo de 2020; Exp. 59748; C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Sobre el reconocimiento del daño emergente, consultar sentencia del 18 de julio de 2019; Exp. 44572; C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sobre el reconocimiento de perjuicios por daño a la vida en relación, ver sentencia de 14 de septiembre 2011; Exp. 19031; C.P. Enrique Gil Botero, de 14 de septiembre 2011; Exp. 38222; C.P. Enrique Gil Botero, de 28 de agosto de 2014; Exp. 28832; C.P. Danilo Rojas Betancourth y de 28 de agosto de 2014; Exp. 31170; C.P. Enrique Gil Botero. En cuanto a la reparación de perjuicios por afectación relevante a bienes convencional y constitucionalmente amparados, consultar sentencia del 28 de agosto de 2014; Exp. 26251; C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 8 de septiembre de 2021; C.P. Alberto Montaña Plata, radicación: 25000-23-26-000-2009-00585-01\(43437\).](#)

**Salvamento de voto. C.P. Martín Bermúdez Muñoz****SALVAMENTO DE VOTO / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA / PRUEBA DE LA PROPIEDAD DEL BIEN INMUEBLE / REGISTRO DEL BIEN INMUEBLE / PROPIEDAD DEL BIEN INMUEBLE / AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA PROPIEDAD / BIEN DE INTERÉS CULTURAL DE PROPIEDAD ESTATAL / DAÑO CAUSADO A LA PROPIEDAD, A LA POSESIÓN O A LA TENENCIA / TITULARIDAD DEL DERECHO A LA PROPIEDAD / TÍTULO DE PROPIEDAD / TÍTULO DE PROPIEDAD DE INMUEBLES DE LA NACIÓN**

**Tesis 1:** En relación con la caducidad de la acción frente a la afectación del derecho de propiedad, considero que lo que debió decidirse fue la falta de legitimación en la causa por activa. Las demandantes afirmaron haberse visto afectadas por la imposibilidad de ejercer sus derechos como propietarias de la Casa-Museo; sin embargo, tal como se indicó en la sentencia, quedó acreditado que el dominio del inmueble pasó al Distrito de Bogotá mediante proceso de expropiación. A pesar de que posteriormente se anotó en el certificado de libertad y tradición que la propietaria era la demandante (...) lo cierto es que esa información fue corregida y, finalmente, el distrito fue registrado como único propietario del bien. Es claro que si las demandantes no eran las verdaderas propietarias del inmueble y la anotación en el registro obedeció a un error, no estaban legitimadas para reclamar perjuicios derivados de la imposibilidad de ejercer su derecho de dominio.

**SALVAMENTO DE VOTO / AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / FALTA DE ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / DAÑO AL BUEN NOMBRE / DERECHO AL BUEN NOMBRE / INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN DEL DERECHO AL BUEN NOMBRE / NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO AL BUEN NOMBRE / OBJETO DEL DERECHO A LA HONRA / DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA / VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL**

**Tesis 2:** Tampoco comparto la declaración de responsabilidad de las demandadas porque considero que no se acreditó un daño antijurídico que les fuera imputable. La sentencia de la que me aparto accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda porque encontró probada la afectación al buen nombre, honra y dignidad de [la demandante] por acusaciones e injurias provenientes de las demandadas y por la imposibilidad de todas las demandantes de visitar la tumba de su ascendiente (...) no obstante, en el proceso no se acreditaron tales circunstancias. El folleto elaborado por la Universidad Nacional no hizo referencia expresa a la demandante (...) En ese documento se afirmó que en la administración anterior de Colparticipar (que estuvo a cargo de la demandante) se presentaron “descuidos y malos manejos”, “saqueos” y no se realizó “ningún esfuerzo científico-académico” acorde a la misión de la entidad. La alusión que se hace a la administración anterior no puede considerarse como vulneración expresa al buen nombre de la demandante porque ella no es mencionada concretamente. Además, las afirmaciones realizadas no tienen la entidad suficiente para afectar su buen nombre. Tampoco se acreditó que a las demandantes se les hubiera restringido la posibilidad de visitar la tumba de [JEG]. Los testimonios sobre los cuales se fundamenta la decisión de la que me apartó no demuestran una conducta sistemática de las demandadas tendiente a impedir que la tumba fuera visitada por las demandantes, sino que lo que ponen de presente son dos situaciones concretas, separadas en el tiempo (2003 y 2007), en las cuales las demandantes no pudieron acceder a la tumba. Esas dos circunstancias, de ningún modo, dan cuenta de una instrucción tendiente a restringir su derecho.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 8 de septiembre de 2021; C.P. Alberto Montaña Plata, radicación: 25000-23-26-000-2009-00585-01\(43437\) SV Martín Bermúdez Muñoz.](#)

#### **4. Cuando en el contrato estatal no se pacten intereses moratorios, en caso de incumplimiento contractual se aplicará la tasa del doble del interés legal civil consagrada en el artículo 1617 del Código Civil, esto es, 12% anual (doble del 6% legal civil).**

**Síntesis del caso:** *Una institución de educación superior celebró contrato de compraventa con un establecimiento público del orden municipal, en virtud del cual la institución educativa vendió un inmueble de su propiedad. Se acordó que el pago del precio se produciría en dos contados: el primero, recibido a satisfacción por la vendedora, y el segundo que se debía efectuar a más tardar de un plazo determinado. Posterior a la firma del contrato, la entidad pública fue liquidada sin que se produjera el pago del saldo restante.*

**RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ESTATAL / RÉGIMEN JURÍDICO DE CONTRATACIÓN ESTATAL / RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA / RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DEL ESTABLECIMIENTO PÚBLICO MUNICIPAL / INTERÉS MORATORIO / DETERMINACIÓN DEL INTERÉS MORATORIO / INTERESES MORATORIOS POR NO PAGO OPORTUNO / NORMATIVIDAD DEL INTERÉS MORATORIO / PROCEDENCIA DEL INTERÉS MORATORIO / REGULACIÓN DE LA TASA DE INTERÉS MORATORIO**

**Problema jurídico:** *¿Declarado el incumplimiento de un contrato de compraventa de bien inmueble, la condena consecuencial al pago de intereses debe entenderse regida por el artículo 1617 del Código Civil?*

**Tesis:** “La norma citada [artículo 4 numeral 8 de la Ley 80 de 1993] denota su carácter supletivo dado que únicamente opera ante el silencio de las partes frente a los intereses moratorios. En este caso, se da la premisa exigida por la norma para su aplicación, toda vez que, en el contrato de compraventa, regido por la Ley 80 de

1993, no hubo pacto sobre intereses moratorios en caso de que la parte compradora retardara el pago del precio de la venta. Por este motivo, la Sala estima acertada la aplicación de este precepto por parte del a quo, y en virtud del deber legal de actualizar las condenas hará uso de la regla supletiva aplicable del 12% anual, en conjunto con el artículo 1 del Decreto reglamentario 679 de 1994, norma aplicable al momento de suscribirse el contrato, para tasar el valor concreto de la condena por el incumplimiento contractual de EMVINEIVA que deberá asumir el Municipio.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 2 de julio de 2021, C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 41001-23-31-000-2001-01467-01\(51163\).](#)

## **5. Se niega compensación alegada por la DIAN en caso de pérdida de bienes depositados en Almacén General por asonada ocurrida en Maicao, considerada evento de fuerza mayor y por ello se declara el incumplimiento de la obligación de la DIAN de pagar por el depósito.**

**Síntesis del caso:** *“La controversia atañe a un contrato estatal de depósito de mercancías. Según el depositario, la entidad depositante incumplió su obligación de pagar la suma de \$1.270’694.700 por la custodia de los bienes que le entregó. Por su parte, la entidad contratante adujo que esa obligación dineraria se extinguió en virtud de la compensación, ya que el depositario le adeudaba la misma suma por las mercancías que se perdieron bajo su guarda. En la demanda, el contratista pidió que se declare la responsabilidad de la entidad depositante por el incumplimiento de sus obligaciones.”*

**FUERZA MAYOR / IMPREVISIBILIDAD DE LA FUERZA MAYOR / RIESGO PREVISIBLE / DETERMINACIÓN DE RIESGOS PREVISIBLES / PÓLIZA DE SEGURO / CONTRATO DE SEGURO / CELEBRACIÓN DE CONTRATO DE SEGURO / SEGURO DEL CONTRATO DE DEPÓSITO / COBERTURA DEL SEGURO DEL CONTRATO DE DEPÓSITO / SEGURO DE DAÑOS / SEGURO CONTRA DAÑOS / ALTERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO / DAÑO OCASIONADO POR PERTURBACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO / ASONADA**

**Problema jurídico 1:** *¿Celebrar un contrato de seguro de daños materiales para el amparo del riesgo de destrucción de bienes por asonadas, motines, conmoción civil o popular y actos malintencionados de terceros hace evidente la previsibilidad de dichos hechos?*

**Tesis 1:** “[E]xpresó el Tribunal (...) que los hechos eran previsibles, porque (...) [el demandante] celebró un contrato de seguro con Previsora S.A, en virtud del cual amparó el riesgo de destrucción de los bienes asegurados por asonadas, motines, conmoción civil o popular y actos malintencionados de terceros. Según lo planteado en la sentencia, de este supuesto se seguía la “evidente previsibilidad de los hechos”. (...) Aunque la premisa del argumento del Tribunal es correcta, la conclusión sobre la previsibilidad de los hechos ocurridos (...) no se sigue de ella. Según el artículo 1037 del Código de Comercio, el tomador de un seguro puede trasladar por cuenta propia o ajena los riesgos a una aseguradora, quien asume los efectos de su ocurrencia. La traslación del riesgo tiene los límites previstos en el artículo 1055 del mismo código, según el cual el dolo, la culpa grave, las sanciones de carácter penal y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario no son asegurables, y cualquier estipulación en contrario es ineficaz. Desde este punto de vista, los eventos de fuerza mayor, como un terremoto, constituyen riesgos asegurables y no por ello pierden ese carácter. (...) De acuerdo con lo anterior, el hecho de que (...) hubiera contratado el seguro de daños materiales combinados con las coberturas ya mencionadas no desdice del carácter imprevisible de los hechos que tuvieron lugar en el municipio de Maicao. La constitución de la garantía tiene implicaciones sobre un asunto diferente a la imprevisibilidad del acontecimiento: el sujeto que debe soportar los efectos patrimoniales de su ocurrencia (...).”

**ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATO DE DEPÓSITO / SERVICIO DE BODEGAJE / DEPÓSITO DE MERCANCÍA / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL POR CONTRATO DE DEPOSITO / DAÑO OCASIONADO POR PERTURBACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO / ALTERACIÓN**

**DEL ORDEN PÚBLICO / ASONADA / DIAN / FUERZA MAYOR / PÉRDIDA DE ACTIVOS POR FUERZA MAYOR / ACREDITACIÓN DE LA FUERZA MAYOR / IMPREVISIBILIDAD DE LA FUERZA MAYOR / IRRESISTIBILIDAD DE LA FUERZA MAYOR / PRUEBA DE FUERZA MAYOR / CONFIGURACIÓN DE LA FUERZA MAYOR / HECHOS CONSTITUTIVOS DE FUERZA MAYOR / RESPONSABILIDAD DEL DEPOSITARIO / OBLIGACIONES DEL DEPOSITARIO / PRESUNCIÓN LEGAL / PRUEBA DE LA CAUSA EXTRAÑA**

**Problema jurídico 2:** *¿El depositario de bienes debe tener la obligación de prever y resistir un evento de asonada para cumplir su obligación de conservación, guarda y custodia de las mercancías, y emplear la fuerza para contener el accionar violento de cientos de personas?*

**Tesis 2:** “[A] diferencia de lo expresado por el Tribunal, los hechos ocurridos (...) eran imprevisibles para el depositario. Un profesional de la actividad de depósito, colocado en las mismas circunstancias (...), no tenía la obligación de prever la ocurrencia de estos hechos [asonada] al momento de celebrar el contrato, porque no hay prueba de que antes de su perfeccionamiento se hubieran presentado disturbios de tal magnitud. (...) La Sala observa que no existía manera de contemplar o anticipar su ocurrencia en condiciones de normalidad, justamente porque los sucesos se presentaron de súbito y en forma intempestiva –punto en el que coincidieron los ajustadores de seguros–. Además, si la tesis del Tribunal fuera correcta, habría que aceptar que la perturbación grave del orden público, causada por el accionar vandálico de cientos de personas que asaltan bienes de propiedad privada y que solo puede repelerse con la intervención de la fuerza policial y la militarización de una ciudad, constituye un patrón fáctico normal, frecuente y ordinario, conclusión que no es razonable. (...) Si bien es cierto que en el expediente no obra una comunicación en la que el personal de (...) [la demandante] con presencia en Maicao hubiera pedido la intervención de la Policía Nacional, la ausencia de un documento semejante no permite afirmar que el depositario podía enfrentar y repeler los efectos de la asonada. (...) Finalmente, la imposibilidad absoluta del depositario para conjurar los efectos de la asonada no solo era física, sino también jurídica. (...) [A]sumió las obligaciones de conservación, guarda y custodia de las mercancías, pero no podía emplear la fuerza para contener el accionar violento de cientos de personas. Según la jurisprudencia constitucional, el monopolio del Estado en el empleo de la fuerza se concreta en que el uso de las armas por parte de particulares está autorizado únicamente con carácter singular y defensivo, sin que pueda en ninguna circunstancia tornarse en un instrumento para la defensa colectiva de intereses, ni menos para la conformación de fuerzas dirigidas a la preservación del orden público. (...) Por las razones que se acaban de exponer, se estiman fundados los motivos de inconformidad planteados por el demandante en su recurso de apelación. Más allá de la alusión a la fuerza mayor que se hizo en el considerando de un otrosí a otro contrato de depósito entre las partes, la cual no releva al juez del deber de apreciar la imprevisibilidad e irresistibilidad de los eventos a la luz de las pruebas decretadas y practicadas, la Sala, de cara a lo discutido por la demandante, concluye que los hechos ocurridos (...) sí reúnen los elementos constitutivos de la fuerza mayor. Según lo dispuesto en el artículo 1733 del Código Civil, “el deudor es obligado a probar el caso fortuito que alega”, carga que satisfizo (...) [el demandante] en este proceso. (...) La prueba de la causa extraña tiene una implicación relevante, a saber: (...) desvirtuó en este juicio la presunción legal contenida en el artículo 1171 del Código de Comercio (...)”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el monopolio del Estado en el empleo de la fuerza, consultar providencia de la Corte Constitucional, de 22 de agosto de 2018, Exp. C-082, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

**ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATO DE DEPÓSITO / SERVICIO DE BODEGAJE / DEPÓSITO DE MERCANCÍA / DIAN / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL POR CONTRATO DE DEPÓSITO / FUERZA MAYOR / HECHOS CONSTITUTIVOS DE FUERZA MAYOR / PÉRDIDA DE ACTIVOS POR FUERZA MAYOR / ACREDITACIÓN DE LA FUERZA MAYOR / NORMATIVIDAD DEL CONTRATO / LEY APLICABLE AL CONTRATO / INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO DEL PRECIO DEL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL POR LA ADMINISTRACIÓN / MORA EN EL PAGO / INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO / COMPENSACIÓN / REQUISITOS DE LA COMPENSACIÓN / IMPROCEDENCIA DE LA COMPENSACIÓN / INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DINERARIAS**

**Problema jurídico 3:** *¿Procede la excepción de compensación en un contrato de depósito, regido por las normas de derecho común y en el cual no se obligó al depositario a responder por la pérdida de mercancías aún en eventos de fuerza mayor, es decir, la existencia de una obligación dineraria líquida y exigible, que permitiera a la DIAN no pagar los servicios de almacenaje, guarda y custodia prestados por Almagrario cuando la mercancía se perdió por una asonada?*

**Tesis 3:** “[E]stá probado que la DIAN no pagó (...) por los servicios de almacenaje, guarda y custodia prestados por Almagrario. A pesar de ello, la entidad demandada adujo que no incumplió esa obligación dineraria, porque si bien no se extinguió por la solución o pago efectivo (Código Civil, artículo 1625.1), se liberó de ella por otro modo extintivo: la compensación (Código Civil, artículo 1625). (...) En conclusión, la obligación que reclama la DIAN (...), consistente en responder por la pérdida de mercancías aun en eventos de fuerza mayor, no tiene su fuente en las normas jurídicas que integran el régimen del contrato de depósito. (...) [D]ebe tenerse en cuenta que, bajo el derecho común, la inejecución de obligaciones por eventos de fuerza mayor (como la conservación y custodia de las mercancías por parte del depositario) no da lugar a la indemnización de perjuicios (...). Analizado el texto del contrato de depósito, la Sala no observa que se hubiera pactado expresamente que (...) [el demandante] se obligó a responder por la conservación de las mercancías incluso en eventos de fuerza mayor, esto es, que tuviera que pagar el subrogado pecuniario de las mercancías por una pérdida originada en una causa extraña. (...) [L]a Sala tampoco encuentra que del régimen de garantías del contrato se deduzca claramente una estipulación de agravación de responsabilidad del depositario que le impusiera asumir las consecuencias de la fuerza mayor o el caso fortuito. (...) Recapitulando: las disposiciones jurídicas que integran el régimen del contrato no le impusieron al depositario la obligación de responder por los eventos de fuerza mayor. De otro lado, la Sala no encuentra pactada expresamente una cláusula de agravación de responsabilidad en virtud de la cual (...) tuviera que pagar el equivalente pecuniario de las mercancías faltantes si su pérdida obedecía a un evento de fuerza mayor: el depositario debía responder si ese hecho era imputable a su conducta. (...) De lo anterior se infiere que la Sala no encuentra las bases legales o contractuales que soporten los valores instrumentados en las cuentas de cobro que la DIAN emitió para cruzar –compensar– contra los valores facturados por la demandante (...). Por consiguiente, no está probado el hecho en que se fundó la excepción de compensación formulada por la DIAN, esto es, la existencia de una obligación dineraria líquida y exigible de (...) que por ministerio de la ley fue objeto de extinción con cargo a la deuda por servicios prestados y facturados por el almacén general de depósito y que deba ser reconocida por esta Sala, como corresponde al medio extintivo alegado por la demandada. Dicho de otro modo, a la luz del artículo 1714 del Código Civil, no está cumplido uno de los requisitos de la compensación legal, por lo que este medio exceptivo no es eficaz para enervar las pretensiones del demandante, y la Sala no puede reconocerlo. (...) En conclusión, la obligación de la DIAN de pagar (...) por los servicios facturados entre los meses septiembre y noviembre de 2009 se encuentra en estado de incumplimiento y no se extinguió en virtud del pago, ni de la compensación. Se trata, pues, como alegó la parte demandante, de un crédito insatisfecho.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de julio de \(2021\), C. P. José Roberto Sáchica Méndez radicación 25000-23-26-000-2011-00696-01\(48427\)](#)

## 6. No se configura omisión al deber de protección cuando a pesar de contar con un esquema de protección la persona sufre perjuicios producto de un atentado.

**Síntesis del caso:** *Un líder sindical fue víctima de un atentado efectuado por un grupo fuertemente armado. Las investigaciones posteriores lograron determinar que miembros del grupo agresor tenían vínculos con el ejército. El atentado produjo heridas en varios integrantes del esquema de protección del líder sindical, la muerte de una vendedora de tintos, el asesinato de uno de los miembros del grupo agresor por parte de sus propios compañeros de delito, y en el demandante -a quien iba dirigido el atentado - secuelas físicas y psicológicas que determinaron una pérdida de capacidad laboral del 30,38 %.*

**ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / FALLA DEL SERVICIO / AUSENCIA DE FALLA EN EL SERVICIO / INEXISTENCIA DE LA FALLA EN EL SERVICIO / DEBER DE PROTECCIÓN DE LA FUERZA PÚBLICA / PROTECCIÓN, VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE AGENTE DE LA FUERZA PÚBLICA / RIESGO PROPIO DEL SERVICIO / CONFIGURACIÓN DEL RIESGO PROPIO DEL SERVICIO**

**Problema jurídico:** *¿Existe responsabilidad patrimonial del Estado cuando a pesar de contar con un esquema de seguridad la persona protegida sufre daños producto de un atentado?*

**Tesis:** “La jurisprudencia ha considerado que el Estado es responsable patrimonialmente a título de falla del

servicio por omisión en el deber de prestar seguridad a las personas, cuando: (i) se solicita protección especial, por las particulares condiciones de riesgo en que se encuentra la persona ; (ii) no se solicita expresamente, pero es evidente que la persona necesitaba la protección, porque existían pruebas o indicios conocidos que permitieran asegurar que la persona se encontraba amenazada o expuesta a sufrir graves riesgos contra su vida o sus bienes y (iii) se deja a la población a merced de los grupos de delincuencia, sin brindarles protección alguna, cuando se tiene conocimiento de que los derechos de esa población vienen siendo desconocidos por grupos organizados al margen de la ley . [...] El examen de los documentos allegados al proceso permite establecer que las demandadas implementaron, según su capacidad institucional, las acciones que consideraron adecuadas para proteger la vida [del demandante]. El Departamento de Seguridad-DAS evaluó de forma continua su nivel de riesgo, adoptó medidas para que su seguridad fuera efectiva y le brindó un esquema de seguridad que lo protegió al momento de los hechos. La Sala reitera que en estos eventos en que se imputa omisión, debe tenerse en cuenta que la capacidad de acción de las autoridades no es ilimitada para disuadir la acción de los grupos ilegales. Aunque [el demandante] fue víctima de un atentado contra su vida y resultó herido por arma de fuego, según las pruebas, el ataque fue frustrado gracias al esquema de seguridad que le fue suministrado por parte del Estado, que logró resistir y repeler el ataque y protegió la vida del líder sindical. Por ello, no se configuró una omisión al deber de protección. [...] La demanda también afirmó que existía responsabilidad de las entidades demandadas por los daños sufridos por [...] integrantes del esquema de seguridad [...]. La Sala reitera que los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía y los agentes de seguridad deben soportar el riesgo de padecer eventuales daños en el ejercicio sus funciones de protección, defensa y seguridad del Estado. Por ello, cuando sus integrantes sufren lesiones o mueren en cumplimiento de su deber o con ocasión del servicio, tendrán derecho a las indemnizaciones o reconocimientos patrimoniales previamente establecidos en la ley. En estos eventos no está comprometida la responsabilidad del Estado y solo responderá por vía de reparación directa por los daños que se hayan producido por una falla del servicio o cuando el funcionario sea sometido a un riesgo mayor al que debían afrontar sus demás compañeros. En los casos en los que no se acrediten estas circunstancias, el daño resultará atribuible al hecho exclusivo y determinante de un tercero. [...] Los demandantes también alegan que el atentado [...] fue realizado por miembros del Ejército. Si el hecho que causa el daño se origina en un proceder propio y estrictamente personal del autor, que no tiene relación ni ligamen alguno con el servicio por ser ajeno a las funciones y aislado al desarrollo de los fines estatales, no puede comprometer a la Administración y, por ello, se configura la causal de exoneración de responsabilidad del Estado por la falla o falta personal del agente. El nexo con el servicio no se deduce automáticamente por el solo hecho de que el agente que cometió la conducta delictiva se encuentre vinculado a la administración. Existe este nexo, cuando el daño se produce en circunstancias que constituyen expresión o consecuencia del funcionamiento del servicio público. [...] Como no se probó que los implicados hubieran actuado dentro del servicio ni que sus actuaciones tuvieran conexión con el servicio público durante el atentado contra [el líder sindical], el daño que causaron se debe exclusivamente a la culpa personal de esos agentes. Por ello, no se comprometió la responsabilidad civil del Estado.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 16 de diciembre de 2020, C. P. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 25000-23-26-000-2003-00079-01\(51552\).](#)

### **Aclaración de voto del consejero Jaime Enrique Rodríguez Navas**

### **AUSENCIA DE FALLA EN EL SERVICIO / INEXISTENCIA DE LA FALLA EN EL SERVICIO / DEBER DE PROTECCIÓN DE LA FUERZA PÚBLICA**

**Tesis:** “[R]esulta claro que, si bien, las medidas de protección a la integridad del [líder sindical] no fueron adoptadas con la prontitud que él esperaba, ni respondieron a todas sus exigencias, el 15 de diciembre de 2000, cuando se produjo el atentado, tales medidas habían sido definidas por las autoridades, teniendo en cuenta los riesgos que afrontaba y que aquel había puesto en conocimiento de las autoridades, así como las condiciones de su residencia, de su lugar de trabajo y de sus desplazamientos. En su esquema de seguridad, el [líder sindical] contaba con personal de su confianza, que, siendo costeadado por el estado, era ajeno a los órganos de la fuerza pública, lo que había sido su principal preocupación. Aparte, fueron atendidos los requerimientos que, en años previos, aquel había realizado, para contar con un mejor vehículo, más escoltas a su disposición y un mejor armamento, así como medios de comunicación y chalecos antibalas. Posteriormente, ante el incremento del riesgo, por amenazas que el demandante advirtió en los comunicados que remitió en el año 2000, su seguridad fue objeto de revisión en dos oportunidades, en las que se determinó el personal y la dotación necesarios en su esquema de seguridad, con los que contaba en el momento de los hechos. En tales revisiones, fueron formuladas recomendaciones para mejorar su seguridad, sin que se advirtiera que fuera necesario mejorar el armamento de sus escoltas, ni el vehículo. No cabe afirmar así, que no hubieran sido tenidas en cuenta las amenazas puestas en conocimiento de las autoridades, o las exigencias realizadas por el [líder sindical]. En este orden de ideas, los antecedentes de amenazas contra el [líder sindical], por su actividad sindical y de

mediador con el ELN —puestas en conocimiento de las autoridades— no permiten inferir que se hubiera producido una falla de servicio, por la omisión de medidas ante un riesgo previsible. Cabe agregar que, aparte sus propias manifestaciones, el [líder sindical] no trajo al proceso elementos de juicio que permitieran inferir que, de haber contado con armamento, vehículo o personal diferente, el atentado no hubiere ocurrido.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 16 de diciembre de 2020, C. P. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 25000-23-26-000-2003-00079-01\(51552\).](#)

## 7. Agregar un componente de suministro a un contrato interadministrativo para la formación artística y cultural no lo convierte en un contrato de suministro y por ello la aplicación de la contratación directa fue adecuada.

**Síntesis del caso:** *“La presente controversia gira en torno a la nulidad del acto que terminó unilateralmente el contrato interadministrativo No. 001 de 2016, celebrado entre el Fondo de Desarrollo Local de Engativá y la Universidad de Cundinamarca para la formación artística y cultural de un grupo de personas en esa localidad, terminación adoptada por el fondo contratante con fundamento en la causal 2) del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, por considerar que en su celebración se eludió el procedimiento de licitación que correspondía, ya que las obligaciones del contrato no guardaban relación con el objeto de la Universidad contratista, tras haber incorporado un componente de suministro. La universidad considera que la resolución que terminó el contrato estaba viciada de nulidad por infracción de las normas en que debió fundarse, falta de competencia y por falsa motivación. También, por vía de demanda de reconvención, el Distrito Capital- Localidad de Engativá – Fondo de Desarrollo Local de Engativá solicita la declaratoria de nulidad del contrato interadministrativo No. 001 con sustento en las mismas razones por las cuales se dictó el acto de terminación unilateral.”*

**CONVENIO INTERADMINISTRATIVO / OBJETO DEL CONTRATO / OBJETO DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / UNIVERSIDAD DE CUNDINAMARCA / UNIVERSIDAD PÚBLICA / RÉGIMEN LEGAL DE LA UNIVERSIDAD PÚBLICA / PROGRAMA ACADÉMICO UNIVERSITARIO / ADQUISICIÓN DE BIEN / CONTRATACIÓN DIRECTA / CULTURA / ARTISTA / CONTRATO DE SUMINISTRO / INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE SUMINISTRO / SELECCIÓN OBJETIVA / NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / NEGACIÓN DE LA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA / VALIDEZ DEL CONTRATO ESTATAL**

**Problema jurídico 1:** *¿la tipicidad del contrato para la formación artística y cultural no se altera porque en sus prestaciones se incluyan otras propias de otros tipos contractuales, en tanto la naturaleza y objeto principal de aquél se conserve, por ello la causal de contratación directa para celebrar el contrato administrativo, en el caso concreto, fue bien aplicada y no con el objeto de evadir la selección del contratista por medio de licitación pública?*

**Tesis 1:** “Del análisis en conjunto de los medios de prueba que anteceden la Sala estima que, a diferencia de lo sostenido en la apelación del demandante en reconvención, la causal de contratación directa no fue indebidamente aplicada para celebrar el contrato interadministrativo (...) La Sala parte por precisar que de la lectura del contrato interadministrativo (...), más allá de la unión de esfuerzos en procura del fin común, característica inherente de los convenios celebrados entre entidades públicas, en realidad se reafirma la naturaleza conmutativa y recíproca de las prestaciones y contraprestaciones inmersas dentro del acuerdo en examen. (...) Se observa que la necesidad de celebrar el contrato interadministrativo (...), así como su contenido obligacional, se enmarcaron en la formación artística y cultural mediante el desarrollo de actividades en el área de la música, el arte urbano, las artes escénicas, plásticas y comunicativos, para cuyo proceso de enseñanza en ese campo del conocimiento contaba con la facultad de educación que ofrecía programas de licenciatura en educación básica con énfasis en educación artística y programa profesional en música. (...) la Sala advierte que existió una relación directa entre las obligaciones derivadas del contrato interadministrativo, cuyo eje temático consistía en la formación de los participantes interesados en generar la práctica cultural y artística en

la localidad de Engativá, y el objeto de la Universidad de Cundinamarca, consistente en el desarrollo y difusión del conocimiento en el campo de las artes. Esta conclusión no se desvirtúa por el hecho de que se hubiera incorporado en el contrato interadministrativo (...) la obligación tendiente a la "Adquisición de instrumentos, materiales y equipos para el desarrollo del proceso", (...).la obligación de entregar instrumentos, materiales y equipos para el desarrollo del proceso no se concibió como una actividad principal o dominante que excluyera el surgimiento o desdibujara la prestación de servicios de formación artística y cultural como obligación imperante. Es importante precisar que la tipicidad de este modelo de contrato no se altera porque en sus prestaciones se incluyan otras propias de otros tipos contractuales, en tanto la naturaleza y objeto principal de aquél se conserve, tal y como ocurrió en este caso. (...) la Sala advierte que, aun cuando el contrato interadministrativo contuvo un componente mínimo de entrega de instrumentos y materiales, tal situación no tuvo la virtualidad de desnaturalizar el contenido prestacional principal del acuerdo, consistente en la prestación de servicios de formación artística, que se hallaba en directa relación con el objeto del ente universitario. (...) Resulta imperativo examinar en cada caso concreto si la inclusión de obligaciones en un contrato interadministrativo que por naturaleza correspondan a una tipología diferente y que se identifique con aquellas previstas en el segundo inciso del literal b) del numeral 2) del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 pone de manifiesto la intención de evadir el procedimiento de licitación pública. (...) no se encuentra que se hubiera acudido indebidamente a la modalidad de selección de contratación directa para su suscripción y por tanto que hubiera incurrido en la prohibición de eludir los procedimientos de selección objetiva. (...)."

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre los contratos interadministrativos, ver concepto: Consejo de Estado, Sala de Consulta y del Servicio Civil, 28 de junio de 2012, rad. 2092, C.P. William Zambrano Cetina. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 29 de enero de 2014, exp. 28.402, C.P: Mauricio Fajardo Gómez.

## **CONTRATO ESTATAL / TERMINACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / FONDO DE DESARROLLO LOCAL / IMPROCEDENCIA DE TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL / FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

**Problema jurídico 2:** *¿No toda ilicitud en la celebración de un negocio jurídico da lugar a configurar la hipótesis prevista en el numeral 2) del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 (terminación unilateral del contrato); solo al verificarse la correspondencia del supuesto fáctico que se alega como transgresor y la norma constitucional y legal de contenido expresamente prohibido que reprende la celebración de un contrato será válido el ejercicio dicha facultad regulada en el artículo 45 del Estatuto de contratación de la administración pública?*

**Tesis 2:** "Si bien el Fondo de Desarrollo Local de Engativá en su demanda de reconvención pretendió la declaratoria de nulidad del contrato interadministrativo (...) con base en las mismas consideraciones en que fundamentó su declaratoria de terminación unilateral y, por lo mismo, su aspiración en ese sentido se orientaba a que se mantuviera incólume la legalidad de su propio acto adoptado en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, ciertamente, para mantener su presunción de legalidad era necesario que la nulidad del contrato invocada para terminarlo en realidad hallara directa correspondencia e identidad con el supuesto jurídico del numeral 2) del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, en tanto que hubiera recaído sobre la celebración de un tipo contractual prohibido por la constitución o la ley. Al respecto, la Sala advierte que, además de no encontrar fundadas las pretensiones de nulidad del contrato, por las consideraciones expuestas en precedencia, lo cierto es que, aun en el evento de concluir que se esquivó el procedimiento de licitación pública en este caso, no por ello se habría dado paso a su válida terminación unilateral regulada en el mencionado canon legal. Con lo dicho, la Sala no pretende significar que el hecho de eludir determinado procedimiento de selección prescrito por la ley para dar lugar al perfeccionamiento de una específica tipología contractual no tenga la potencialidad de atentar contra la legalidad del contrato y de configurar un vicio anulatorio. (...). [A]un cuando la situación descrita pueda dar cabida a la declaratoria de nulidad del contrato estatal bajo distintas ópticas jurídicas que involucran el objeto ilícito o la desviación de poder, se observa que ello no puede confundirse con la nulidad que se sustenta en el supuesto prohibitivo consagrado en el numeral 2) del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 que, a su turno, sirve de cimiento para declarar la terminación del acuerdo con apoyo en el artículo 45 de ese mismo compendio normativo. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que no existía una prohibición constitucional o legal para celebrar el tipo contractual suscrito en el caso concreto, respecto del cual, por demás, no se acreditó que tuviera una causa o un objeto ilícitos o que estos fueran condenados por el orden jurídico, de ahí que no se reunió el supuesto de celebración de contrato prohibido sobre el cual recae la hipótesis del numeral 2) del artículo 44 de la Ley 80 de 1993. Así pues, es de concluir que no toda ilicitud en la celebración de un negocio jurídico dará lugar a configurar la hipótesis prevista en el numeral 2) del artículo 44 de la Ley 80 de 1993; solo al verificarse la correspondencia del supuesto fáctico que se alega como transgresor y la norma constitucional y legal de contenido expresamente prohibido que reprende la

celebración de un contrato será válido el ejercicio de la facultad de terminación unilateral regulada en el artículo 45 del Estatuto de contratación de la administración pública, con fundamento en la causal prevista en el numeral 2) del artículo 44 de la Ley 80 de 1993. Retomando el análisis de la resolución acusada en el caso concreto, del contenido del acto de terminación unilateral se observa que su motivación medular, además de no hacer referencia alguna a la celebración de un tipo contractual prohibido por la constitución o la ley, partió de una premisa errada, al aducir que la entidad contratante eludió los procedimientos de selección por haber optado por la contratación directa, en tanto consideró que el objeto del contrato no tenía relación directa con el objeto social de la universidad.(...), la Sala considera que la declaratoria de nulidad por falsa motivación de la Resolución (...), por la cual el ente contratante terminó unilateralmente el contrato interadministrativo (...), como de la Resolución (...) que la confirmó, merece ser mantenida.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el tema, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de agosto de 2013, exp. 22947, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de marzo del 2007, Exp: 28.010, C.P: Alier Eduardo Hernández. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de octubre del 2013. Exp.21.487. C.P: Hernán Andrade Rincón.

**REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / VALIDEZ DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / CARGA DE LAS PARTES EN LA ACCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / ENTIDAD ESTATAL / CONTRATANTE / DEBERES DE LAS PARTES DEL PROCESO / ACTO PROPIO / ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL**

**Problema jurídico 3:** *¿Cuando se pretenda la declaratoria de incumplimiento del contrato se debe demandar la nulidad del acto de liquidación unilateral, carga que también se exige de la entidad estatal contratante cuando, como consecuencia del incumplimiento que se endilga a su cocontratante, aspira a que se le restituyan las sumas que ella misma, en su propia decisión, ordenó reconocer y pagar en favor del otro extremo negocial sin elevar reparo alguno en su contenido acerca de la inviabilidad de su reconocimiento?*

**Tesis 3:** “La jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado ha estimado que en aquellos procesos en los cuales el contratista solicita la declaratoria del incumplimiento del contrato o la ruptura de la ecuación contractual, debe incluir en las pretensiones aquella orientada a que se declare la nulidad del acto de liquidación unilateral del contrato, cuando el acto ha sido conocido por dicho contratista con anterioridad a la demanda o a la oportunidad procesal para reformarla. La razón de fondo de estas decisiones estriba en la presunción de legalidad del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato, además de que se advierte que en su contenido material dicho acto condensa los aspectos concernientes al cruce final de cuentas relacionados con el cumplimiento o incumplimiento de las prestaciones contractuales y define las reclamaciones que constituyen el centro del litigio. En esa línea, la Subsección A ha observado que resulta inaceptable que se pretenda escindir la realidad de la ejecución contractual cuando se reclaman perjuicios por la inobservancia del contenido obligacional del contrato, sin llevar al debate procesal el acto de liquidación unilateral del contrato, postura que en ocasiones ha sido advertida como un mecanismo para evitar que se alleguen al proceso las decisiones que involucran el rechazo a los pagos reclamados o las que implican compensaciones realizadas en el acto de liquidación. No puede perderse de vista que el acto de liquidación unilateral es un estado financiero de propósito específico y en esa medida contiene el balance que define las cifras de ejecución final del contrato, a lo cual se agrega la fuerza de la presunción de legalidad del acto administrativo, de manera tal que dicho acto define: quién debe a quién, cuánto se debe y los conceptos que originan y componen la obligación resultante. Con fundamento en las anteriores consideraciones, en respeto del debido proceso y con apoyo en las disposiciones que definen el contenido de la demanda, el principio de congruencia y la presunción de legalidad del acto administrativo, se reitera la jurisprudencia en el sentido de que cuando se pretenda la declaratoria de incumplimiento del contrato se debe demandar la nulidad del acto de liquidación unilateral. Se afirma lo anterior, toda vez que su contenido resulta amparado por la presunción de legalidad y, por ello, la decisión que consta en el acto administrativo de liquidación unilateral no puede modificarse a través de un proceso judicial en el que dicho acto no ha sido expuesto a su juzgamiento, como sucede en el supuesto de la demanda que pretende el reconocimiento de un mayor valor por concepto de la misma ejecución del contrato que se encuentra definida en el acto de liquidación unilateral del mismo. Bajo ese entendimiento, se precisa que esa carga no le asiste solamente al contratista inconforme con el cruce final contenido en esa decisión. También se exige de la entidad estatal contratante el mismo deber procesal cuando, como consecuencia del incumplimiento que se endilga a su cocontratante, aspira a que se le restituyan las sumas que ella misma, en su propia decisión, ordenó reconocer y pagar en favor del otro extremo negocial sin elevar reparo alguno en su contenido acerca

de la inviabilidad de su reconocimiento. (...). En este orden de ideas, en procesos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, la exigencia de la debida integración de la pretensión de nulidad del acto administrativo de liquidación unilateral no es un arbitrio caprichoso de la jurisprudencia, ni puede imputarse como una denegación de justicia; por el contrario, se evidencia como un mecanismo de protección a la congruencia e integridad de la sentencia, que debe ser adoptada con fundamento en la ejecución completa del contrato y en el acto de liquidación correspondiente. En consideración a lo expuesto, al no haber demandado la nulidad de su propio acto de liquidación del contrato, la Sala estima fundada la decisión de primera instancia en la que se abstuvo de pronunciarse en relación con las pretensiones subsidiarias de incumplimiento contractual elevadas por la entidad contratante, así como sobre la prosperidad del reintegro de las sumas que allí se reconocieron en favor de la universidad contratista."

**DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO / EFECTOS DEL DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO / EFECTOS DE LA PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / JUICIO DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO ADMINISTRATIVO DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL**

**Problema jurídico 4:** *¿la nulidad del acto de terminación unilateral del contrato genera el decaimiento del acto de liquidación, aunque dicho decaimiento no destruye su presunción de legalidad, lo que de suyo lleva a concluir que la parte afectada con su contenido no está relevada de atacar su validez a través de la pretensión que el legislador ha dispuesto para ese propósito?*

**Tesis 4:** "[L]a Sala considera pertinente referirse al tratamiento jurisprudencial dispensado a la figura del decaimiento del acto por desaparecimiento de los fundamentos de hecho o de derecho (...) Cuatro premisas básicas se desprenden de lo allí consignado. En efecto, la pérdida de fuerza ejecutoria: • Conlleva a la inviabilidad de producir efectos hacia el futuro. • No equivale a un juicio de invalidez del acto, de cara a la configuración de alguna de las causales que dan lugar a su nulidad. • No destruye la presunción de legalidad del acto, la cual se mantendrá mientras este no haya sido anulado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. • No se opone a que proceda el análisis de su legalidad. En atención a ese contexto, se estima que si el acto de liquidación unilateral supone el balance final de cuentas del contrato, que comporta los resultados de la relación contractual asociados a lo acontecido durante el plazo durante el cual estuvo vigente el negocio jurídico, el fundamento para proceder a realizar tal balance de cuentas lo constituye el acto de terminación unilateral, pues no hay liquidación final antes de su culminación, que, en este caso, se dio de forma anormal y anticipada por efecto de la expedición de los actos administrativos demandados. En este sentido, se considera que la nulidad del acto de terminación sí genera el decaimiento del acto de liquidación. Con todo, cabe insistir en que el decaimiento de un acto administrativo no destruye su presunción de legalidad, lo que de suyo lleva a concluir que la parte afectada con su contenido no está relevada de atacar su validez a través de la pretensión que el legislador ha dispuesto para ese propósito, si quiere sacar adelante sus pretensiones indemnizatorias derivadas del incumplimiento de la entidad contratante con fundamento en montos que no fueron incluidos en el acto de liquidación, pretensión que, contrario a lo sugerido por la universidad apelante, de manera alguna puede ser invocada o estudiada oficiosamente por el juez (...) la aplicación de esos criterios de flexibilidad no está llamada a reemplazar o sustituir la carga primaria que le asiste a quien acude a la administración de justicia en procura de la tutela de sus derechos o intereses que no es otra que ventilar, enjuiciar o controvertir través de las pretensiones y los medios de control pertinentes las decisiones y situaciones que les resulten adversas. Sin perjuicio de lo expuesto, la Sala precisa que el deber de demandar la nulidad del acto de liquidación unilateral del negocio para que, a través del debate de su legalidad, se abra paso al reconocimiento de los pagos que allí hubieren quedado definidos, se circunscribe únicamente a lo acontecido desde el inicio de su ejecución y hasta el cierre económico y financiero adoptado en el cruce final de cuentas contenido en el acto administrativo de terminación. En esa medida, no resultaría ajustado oponerle al contratista la existencia del acto de liquidación unilateral válido para impedirle que reclame los perjuicios derivados de la terminación anticipada del acuerdo y que se habrían de concretar en el lucro cesante dejado de percibir por cuenta de esa culminación anormal antes del plazo convenido, toda vez que tal supuesto no hizo parte del ámbito definitorio del acto de liquidación, puesto que materialmente no era viable referirse a una situación que por razón de su finalización abrupta no tuvo ocurrencia."

**NOTA DE RELATORÍA:** Ver sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, rad. 24.609, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Consejo De Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 12 de marzo de 2015, exp. 19154, M.P. Hugo Fernando bastidas Bárcenas. Al respecto, ver también sentencias del 2 de mayo de 2013, exp. 18205, M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez; 11 de octubre de 2012, exp. 18778, M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, y del 2 de febrero de 2011, exp. 10474, M.P. Germán Ayala Mantilla. Consejo de

Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 15 de agosto de 2018, rad. 22.362, C.P. Milton Chaves García

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de septiembre de \(2021\), C. P. Marta Nubia Velásquez Rico radicación 25000-23-26-000-2017-00832-01\(66251\)](#)

# SECCIÓN CUARTA

## 1. No se configura la sanción por activos omitidos respecto de derechos crediticios, cuando estos no se han pagado en vigencias anteriores o en el periodo en discusión, pero se registró el monto total de la operación en el periodo en el que ocurrió el negocio.

**Síntesis del caso:** Se analizó la legalidad de los actos administrativos en los que la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 2009 de un contribuyente, entre otros aspectos, en el sentido de adicionar al patrimonio bruto el valor de unos derechos crediticios derivados de la venta de la participación que el mismo tenía en una empresa y respecto de los cuales existían procesos ejecutivos en curso y, por ende, adicionar la renta líquida gravable, determinar el saldo a pagar e imponer sanción por inexactitud por omisión de activos. La Sala anuló parcialmente los referidos actos administrativos, porque concluyó que si bien el contribuyente debía registrar en su declaración tributaria los citados derechos crediticios que, en los términos del artículo 261 del Estatuto Tributario, forman parte del patrimonio bruto, no existió la omisión de activos prevista en el artículo 239-1 lb. Lo anterior, porque se demostró que la parte insoluta de la enajenación de la participación que el actor tenía en una empresa no fue pagada por los deudores en vigencias anteriores o en el periodo en discusión, lo que descarta la obtención de renta o la generación de ingresos gravados en periodos no revisables, bajo el supuesto de que en el periodo en que ocurrió la negociación (2007) se declaró el monto total de la operación, de modo que la falta de registro en el periodo gravable 2009 del total de la operación de venta de dicha participación no implica la existencia de omisión de activos, por lo que procedía la modificación de los actos acusados para disminuir en lo pertinente la renta líquida gravable, así como la sanción por inexactitud.

**RENTA LÍQUIDA GRAVABLE POR OMISIÓN DE ACTIVOS O PASIVOS INEXISTENTES - Finalidad y alcance del artículo 239-1 del Estatuto Tributario / OMISIÓN DE ACTIVOS O INCLUSIÓN DE PASIVOS INEXISTENTES EN LA DECLARACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA - Alcance. Reiteración de jurisprudencia / RENTA LÍQUIDA GRAVABLE POR OMISIÓN DE ACTIVOS O PASIVOS INEXISTENTES - Supuestos / RENTA LÍQUIDA GRAVABLE POR OMISIÓN DE ACTIVOS O PASIVOS INEXISTENTES - Exclusión del supuesto de registro de los activos en un menor valor. Reiteración de jurisprudencia / PATRIMONIO BRUTO - Conformación / OMISIÓN DE ACTIVOS POR FALTA DE REGISTRO DE DERECHOS CREDITICIOS INSOLUTOS EN LA DECLARACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA – No configuración**

**Problema jurídico:** ¿La falta de registro de derechos crediticios en la declaración privada, sobre los cuales el contribuyente inició procesos ejecutivos ante el incumplimiento de los deudores en el pago, constituye omisión de activos?

**Tesis:** “La Sala precisó que, para efectos de luchar contra la evasión fiscal y obtener una fuente permanente de ingresos para el Estado, el legislador fijó como regla que «la omisión de activos o la inclusión de pasivos inexistentes hacen inferir la existencia de una renta originada en períodos anteriores», en el entendido de que las faltas al correcto reporte patrimonial en el denuncia tributario permitían encubrir ingresos, falsear costos y deducciones, realizar operaciones subvaloradas, afectar la aplicación de la renta presuntiva y, en fin, obstaculizan la labor de fiscalización de la Administración». Acorde con lo anterior, la Sección señaló que «El instituto contenido en el referido artículo 239-1 se conforma como un mandato que presupone que los elementos patrimoniales dejados de declarar en vigencias previas son renta gravable especial en el período en el cual la Administración lo descubra o el contribuyente voluntariamente lo declare», en atención a su capacidad contributiva. Así, la aplicación del artículo 239-1 del Estatuto Tributario tiene como supuesto la inclusión de pasivos inexistentes en la declaración privada, o la existencia de activos omitidos que permitan inferir la existencia de rentas o ingresos gravados originados en periodos anteriores, lo cual excluye el registro de los mismos en un menor valor, pues «la diferencia en el valor patrimonial registrado no implica la realización de un ingreso gravado en los periodos no revisables que hayan sido objeto de ocultamiento por parte del contribuyente». En el caso concreto es un hecho no discutido por las partes que en el año gravable 2007, el contribuyente vendió por la suma de \$6.224.000.000 la participación que tenía en la empresa (...), de los cuales recibió \$2.000.000.000, quedando pendiente la suma de \$4.224.000.000, que se pagarían en tres contados de \$1.408.000.000 cada uno, durante los años 2007, 2008 y 2009. Como respaldo del saldo pendiente de la

operación se suscribió un contrato de prenda sin tenencia, soportado en tres pagarés que, al no haber sido pagados por los deudores, fueron objeto de diferentes procesos ejecutivos que, conforme con las demandas allegadas al proceso, las providencias mediante las cuales se libró mandamiento de pago y las actas de conciliación en Cámara de Comercio, entre otros documentos, se encontraban en curso durante el periodo en discusión. (...) Ahora bien, en el expediente está demostrado que para el año gravable 2007, el contribuyente registró el monto de la operación de enajenación de su participación en la citada empresa, como se observa en la declaración privada del impuesto sobre la renta de ese año, en la cual declaró un total patrimonio bruto (renglón 32) de \$7.558.579.000. Por lo tanto, se considera que si bien el contribuyente debía registrar en su declaración tributaria los derechos crediticios contenidos en el contrato de prenda sin tenencia y los pagarés que hacen parte de la operación de venta de su participación en la empresa (...), que en los términos del artículo 261 del Estatuto Tributario forman parte del patrimonio bruto, no existió la omisión de activos establecida en el artículo 239-1 *lb.*, porque no se cumplen los supuestos normativos para su aplicación. En efecto, en el proceso está demostrado que la parte insoluble de la enajenación de la participación del demandante (...) no fue pagada por los deudores en vigencias anteriores o en el periodo en discusión, lo cual descarta la obtención de renta o la generación de ingresos gravados en periodos no revisables, bajo el supuesto que en el periodo en que ocurrió la negociación se declaró el monto total de la operación. Así, en este caso, la falta de registro del total de la operación de venta de la participación que el actor tenía en una empresa no implica la existencia de omisión de activos y, por tanto, se modificarán los actos acusados para disminuir en lo pertinente la renta líquida gravable, lo cual se reflejará en la liquidación que se practicará”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 23 de septiembre de 2021, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 68001-23-33-000-2014-00861-01 \(24314\).](#)

## **2. Se declaró ajustado a derecho el artículo 1.3.3.17 del Decreto 961 de 2019, norma que mientras estuvo vigente fijó la responsabilidad económica del impuesto nacional al consumo de bienes inmuebles en el adquirente de los bienes sujetos al tributo.**

**Síntesis del caso:** *Se negó la nulidad del artículo 1.3.3.17 del Decreto 961 del 5 de junio de 2019, expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, adicionado al título 3 de la parte 3 del Libro 1 del Decreto 1625 de 2016 (DURT), en cuanto asignó la responsabilidad económica de los bienes sujetos al impuesto al consumo al adquirente de los mismos, así como la posibilidad de que se reconozca a este el valor del impuesto como un mayor valor del costo del activo. La Sala concluyó que el artículo acusado no incurrió en los vicios de ilegalidad de los que se le acusaba, en la medida en que lo que hizo fue precisar en quién recae la responsabilidad económica dentro del esquema plurifásico del impuesto al consumo de inmuebles y que, por tanto, se encontraría llamado a soportar el impacto real del pago, a partir del alcance del parágrafo 1 del artículo 512 del ET, que autorizó al comprador para tratar el impuesto como parte del costo del inmueble, medida económica destinada a incidir típicamente en el mercado inmobiliario sin convertir al adquirente en el titular de la obligación sustancial que, en términos de la sentencia de exequibilidad C-550 de 2019, recae exclusivamente en el enajenante realizador del hecho generador de la detracción.*

**SUJETO PASIVO DEL IMPUESTO NACIONAL AL CONSUMO DE BIENES INMUEBLES - Alcance de la sentencia C-593 de 2019 de la Corte Constitucional / SUJETO PASIVO DEL IMPUESTO NACIONAL AL CONSUMO DE BIENES INMUEBLES – Determinación. Sentencia C-593 de 2019 de la Corte Constitucional / IMPUESTO NACIONAL AL CONSUMO DE BIENES INMUEBLES – Naturaleza jurídica. Sentencia C-593 de 2019 de la Corte Constitucional / TRIBUTOS INDIRECTOS - Obligados / TRIBUTOS INDIRECTOS - Sujeto pasivo “de iure” / SUJETO PASIVO DE IURE EN TRIBUTOS INDIRECTOS – Deberes y responsabilidades / TRIBUTOS INDIRECTOS - Sujeto pasivo “de facto o socioeconómico” / SUJETO PASIVO DE FACTO O SOCIOECONÓMICO EN TRIBUTOS INDIRECTOS / SUJETOS PASIVOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS - Diferencias / SUJETO PASIVO JURÍDICO Y RESPONSABLE ECONÓMICO DEL IMPUESTO NACIONAL AL CONSUMO DE BIENES INMUEBLES - Alcance de la sentencia C-593 de 2019 de la Corte Constitucional / RESPONSABILIDAD**

**ECONÓMICA DEL IMPUESTO NACIONAL AL CONSUMO DE BIENES INMUEBLES – Legalidad del artículo 1.3.3.17 del Decreto 961 de 2019**

**Problema jurídico:** *¿Es legal el artículo 1.3.3.17 del Decreto 961 de 2019, expedido por el Ministerio de Hacienda, en cuanto dispuso que el adquirente de los bienes sujetos al impuesto nacional al consumo es quien asume económicamente dicho tributo?*

**Tesis:** “A propósito del sujeto pasivo del impuesto al consumo de inmuebles, obligado tributario principal que realiza el hecho generador del impuesto y con ello origina la obligación tributaria sustancial dirigida al pago del tributo, adquiriendo automáticamente la condición de deudor del mismo, la sentencia C-550 del 19 de noviembre de 2019 precisó que en los tributos indirectos tal dinámica no siempre es la misma en relación con las personas a quienes se les impone el deber de tributar, pues en el esquema impositivo de ese tipo de gravámenes que recaen sobre diferentes formas de consumo, concurren un sujeto pasivo “*de iure*”, que tiene la obligación jurídica de pagar el impuesto, es deudor ante el Estado y responde en caso de incumplir su deber, sin percibir las consecuencias económicas de la exacción, de modo que continúa siendo el titular de la obligación sustancial y el llamado a garantizar debidamente su pago; y un sujeto pasivo “*de facto o socioeconómico*”, que soporta los efectos económicos y el impacto real o práctico del gravamen en su economía, en razón de la manera como se desenvuelve la actividad económica gravada, acorde con la cual, la carga fiscal se traslada al consumidor o usuario final quien, como tal, asume los costos del impuesto. En ese contexto, la Corte señaló que el sujeto pasivo del impuesto nacional al consumo de bienes inmuebles no fue explícitamente definido por el legislador pero podía determinarse a partir de una interpretación del precepto que lo creaba y de la caracterización de la clase de gravamen, puntualizando que, por tratarse de un impuesto indirecto, “*cuando el Legislador responsabilizó del tributo al vendedor o cedente del inmueble lo hizo sujeto pasivo de la obligación, independientemente de la medida para disminuir los impactos económicos de la exacción, prevista en el mismo artículo, que permite al comprador imputar lo pagado al costo del bien.*” En el mismo sentido, la Corte explicó que el impuesto que grava la venta o cesión de inmuebles puede producir efectos en la economía de los adquirentes y que ello condujo a que la ley separara la persona que realiza el hecho generador y debe pagar al Estado el impuesto (*vendedor o cedente*) y la que hipotéticamente, según el mercado inmobiliario, podría llegar a asumir el impacto de la detracción en el costo que debe pagar por el bien (*el adquirente*), de modo que la previsión de que la tarifa sufragada a título de impuesto hacía parte del costo para el comprador, tenía el sentido precisamente de aliviar la posible incidencia económica del gravamen en la dinámica de la finca raíz. Lo anterior, porque las repercusiones que en el terreno económico tienen potencialmente todos los tributos y la incidencia en los recursos económicos de varios agentes, supone el deber para el legislador de disponer medidas en pro de la equidad y progresividad del sistema tributario, con reglas que permiten amortiguar el impacto del impuesto en el incremento de los precios de inmuebles de alto costo. Así, la previsión legislativa de que el impuesto hace parte del costo del inmueble para el comprador no implicaba en modo alguno que éste fuere el jurídicamente responsable de la obligación sustancial ante el Estado. Por su parte y al tenor de la disposición legal contenida en el artículo 21 de la Ley 1943 de 2018, según la cual, “*El responsable del impuesto es el vendedor o cedente de los bienes inmuebles sujetos al impuesto nacional al consumo*”, la sentencia C-593 de 2019 clarificó que el sujeto pasivo jurídico del impuesto al consumo de inmuebles era el vendedor o cedente del inmueble; **que si bien la disposición demandada no identificaba al sujeto pasivo económico, al tratarse de un impuesto indirecto, en principio éste sería el adquirente del inmueble**; que la disposición acusada no sólo incluye a los vendedores ni se limita a contemplar la hipótesis de que el bien se enajene como resultado de un contrato de compraventa; que la norma que establece el sujeto pasivo jurídico del impuesto de carácter general que incluye tanto a los vendedores del bien, como a los que lo ceden a otro a cualquier título, en consonancia con el carácter general del hecho generador del tributo; y que a la luz de los principios generales de la hermenéutica jurídica y a las definiciones comunes del lenguaje ordinario, el responsable del tributo en cada caso es quien cede, enajena o, en general, quien otorga a otro la propiedad sobre el bien inmueble sometido al gravamen, de modo que el sujeto pasivo es determinable para las diferentes hipótesis consagradas en el hecho generador y la presunta falta de claridad respecto de dicho sujeto no afecta la constitucionalidad de una norma, puesto que dicho elemento es determinable acudiendo a las herramientas generales de la hermenéutica jurídica. Desde la anterior perspectiva diferencial entre el sujeto pasivo jurídico del impuesto al consumo de inmuebles y el responsable económico del mismo, suficientemente expuesta por el criterio jurisprudencial traído a colación, en el marco del control jurisdiccional de constitucionalidad sobre el artículo 21 de la Ley 1943 de 2018, que hizo tránsito a cosa juzgada e incorporó interpretaciones hechas por vía de autoridad con carácter obligatorio general, el precepto demandado se encuentra materialmente ajustado al marco legal superior al que debía sujetarse, porque la responsabilidad económica que atribuye al adquirente de bienes sujetos al impuesto, como deudor legal de la obligación material de pago, no originario ni reemplazante del deudor principal, es un aspecto distinto de la regla de sujeción pasiva del impuesto al consumo en cabeza del vendedor o cedente de bienes, como deudor principal que realiza el hecho generador del impuesto. En efecto, además de que el inciso segundo del referido artículo 21, incorporado al artículo 512-22 del ET, alude al “*responsable*” del impuesto de manera general, *verbi gracia*, al sujeto pasivo de derecho o, si se quiere, “*responsable jurídico*” por cuya actividad se

genera el impuesto y que titulariza la obligación tributaria sustancial; no así al “responsable económico” al que alude la norma reglamentaria acusada, lo que hizo esta última disposición fue precisar en quién recae esa responsabilidad dentro del esquema plurifásico del impuesto al consumo de inmuebles y que, por tanto, se encontraría llamado a soportar el impacto real del pago, a partir del alcance práctico del párrafo 1 del artículo 512 del ET, que autorizó al comprador para tratar el impuesto como parte del costo del inmueble, medida económica destinada a incidir típicamente en el mercado inmobiliario sin convertir al adquirente en el titular de la obligación sustancial que, en términos de la pluricitada sentencia de exequibilidad C-550 de 2019, recae exclusivamente en el enajenante realizador del hecho generador de la detracción. En este orden de ideas, la Sala concibe al artículo 1.3.3.17 del Decreto 961 del 5 de junio de 2019, adicionado al título 3 de la parte 3 del Libro 1 del Decreto 1625 de 2016, como producto de un ejercicio interpretativo razonable, proporcionado y equitativo sobre el enunciado normativo superior que estableció el impuesto nacional al consumo de bienes inmuebles, habida cuenta de su carácter indirecto y la realidad económica de quien al final lo sufraga, cuyos efectos el legislador quiso morigerar con la permisón de tomarlo como costo del inmueble. Así las cosas, no se configura ninguno de los vicios de ilegalidad invocados en los cargos de nulidad (...).”

### **Salvamento de voto del consejero Milton Chaves García**

**RESPONSABILIDAD ECONÓMICA DEL IMPUESTO NACIONAL AL CONSUMO DE BIENES INMUEBLES - Ilegalidad del artículo 1.3.3.17 del Decreto 961 de 2019 / SUJETO PASIVO DEL IMPUESTO NACIONAL AL CONSUMO DE BIENES INMUEBLES - Ilegalidad del artículo 1.3.3.17 del Decreto 961 de 2019 / IDENTIFICACIÓN DE SUJETOS PASIVOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS DEL IMPUESTO NACIONAL AL CONSUMO DE BIENES INMUEBLES – Diferencias. Existencia de error en las sentencias C-593 de 2019 de la Corte Constitucional y 24766 de 23 de septiembre de 2021 del Consejo de Estado / SUJETO PASIVO ECONÓMICO DEL TRIBUTO – Noción / SUJETO PASIVO JURÍDICO O RESPONSABLE DEL TRIBUTO - Noción / SUJETOS PASIVOS JURÍDICOS DEL IMPUESTO NACIONAL AL CONSUMO DE BIENES INMUEBLES – Son los agentes de retención del tributo / SUJETO PASIVO DEL IMPUESTO NACIONAL AL CONSUMO DE BIENES INMUEBLES - Alcance de la sentencia C-593 de 2019 de la Corte Constitucional**

Tesis: “[M]e aparto de la decisión mayoritaria porque considero que la Corporación debió acceder a las pretensiones de la demanda de nulidad del artículo 1.3.3.17 del Decreto 961 del 5 de junio de 2019. El demandante tiene razón al indicar que el reglamento cambió el texto legal, usurpando funciones legislativas, porque cambió el sujeto pasivo del impuesto nacional al consumo de inmuebles. La Ley 1943 señaló que era el vendedor del bien inmueble, mientras que el decreto decidió otra cosa al establecer que era el adquirente. Debo señalar que tanto en la providencia que me separo como en la sentencia C-593 de 2019, el consejo de estado y la corte constitucional incurren en error al identificar los sujetos pasivos jurídicos y económicos del impuesto al consumo de inmuebles. Parto del acuerdo de que los sujetos pasivos económicos son aquellos que soportan la carga económica de pagar el impuesto, mientras que los sujetos pasivos jurídicos (o responsables) son aquellos que están formalmente obligados a pagarlos, de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Estos últimos son a quienes el Estado les reclama el pago de la obligación, a pesar que los primeros son quienes sufragan el gravamen a través del responsable. Teniendo en cuenta que la Ley 1943 determinó que el recaudo sería mediante el mecanismo de retención en la fuente, es el agente retenedor que obra como sujeto pasivo jurídico, pues es quien traslada el pago al Estado y a quién el fisco le podrá reclamar el pago de la deuda. Esta disposición señaló como agentes de retención a los notarios y a los administradores de la fiducia, fondo de capital privado o fondo de inversión colectiva. El Decreto Reglamentario 961 de 2019 así lo ratifica. Estos son los sujetos pasivos jurídicos. Por su parte, la Corte Constitucional concluyó, para negar el cargo de falta de definición del sujeto pasivo, que “puede constatar que la disposición demandada incluye como sujetos pasivos, además de los vendedores de los inmuebles, a todas aquellas personas que cedan dichos bienes” Al negar que hubiese indefinición de la norma en cuanto a quién estaba obligado a soportar la carga económica del tributo, la Corte Constitucional entendió que era el vendedor o cedente de los inmuebles, la sentencia ni siquiera menciona a los adquirentes. Es por lo anterior, que el decreto reglamentario contrarió la Ley cuando dispuso que “El adquirente de los bienes sujetos al impuesto nacional al consumo de bienes inmuebles será quien asuma económicamente el impuesto.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 23 de septiembre de 2021, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2019-00040-00 \(24766\).](#)

### 3. Se reitera que cuando opera el rechazo o el desistimiento de la solicitud de devolución de saldos a favor no se amplía el plazo para proferir el requerimiento especial ni, por ende, se modifica el término de firmeza de las declaraciones tributarias, el cual se computa desde la presentación en tiempo o extemporánea de la declaración y no a partir de la fallida solicitud de devolución.

**Síntesis del caso:** *Por haber operado la firmeza de la declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 2010 de la empresa demandante, la Sala anuló los actos administrativos mediante los cuales la DIAN modificó dicha declaración. Lo anterior, tras concluir que, en el caso, el requerimiento especial se notificó extemporáneamente, dado que los dos años para computar el término de firmeza de la declaración de renta no se contaban a partir de la fecha de presentación de la segunda solicitud de devolución del saldo a favor registrado en dicho denuncia, como lo señaló el tribunal de primera instancia, sino a partir de la presentación de la declaración, la cual fue extemporánea. Al respecto, la Sala precisó que el término de firmeza se computa desde la solicitud de devolución solo frente a las solicitudes que resultan efectivas, pues, de lo contrario, cuando no se ha desarrollado y concluido el trámite de devolución y/o compensación, como ocurre cuando la solicitud se rechaza o se desiste de ella, no hay lugar a la ampliación del plazo de fiscalización para la Administración, toda vez que la misma no requiere términos adicionales para verificar la procedencia del saldo y llegado el caso, para pedir su reintegro.*

**CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE FIRMEZA DE LAS DECLARACIONES TRIBUTARIAS - Casos específicos / TÉRMINO PARA SOLICITAR LA DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR / INCUMPLIMIENTO DE REQUISITOS FORMALES DE SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR – Efectos jurídicos. Da lugar al rechazo o a la inadmisión de la solicitud / / INADMISIÓN DE SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN DE SALDO A FAVOR POR NO REUNIR LOS REQUISITOS FORMALES – Término para subsanar / TÉRMINO DE FIRMEZA DE DECLARACIONES TRIBUTARIAS CON SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN DE SALDO A FAVOR RECHAZADA O DESISTIDA - Cómputo del término. Reiteración de jurisprudencia / TÉRMINO DE FIRMEZA DE DECLARACIONES TRIBUTARIAS CON SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN DE SALDO A FAVOR RECHAZADA O DESISTIDA - Improcedencia de la ampliación del plazo para proferir el requerimiento especial / AMPLIACIÓN DEL TÉRMINO DE FIRMEZA DE LAS DECLARACIONES TRIBUTARIAS CON SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN DE SALDO A FAVOR - Finalidad y alcance / INADMISIÓN SUCESIVA DE SOLICITUDES DE DEVOLUCIÓN DE SALDO A FAVOR DEL MISMO IMPUESTO Y PERIODO – Cómputo del término de firmeza de las declaraciones tributarias. Reiteración de jurisprudencia. El término de firmeza se cuenta desde la solicitud que concluyó con la orden de devolución del saldo a favor reclamado / EFECTOS DEL DESISTIMIENTO DE LA SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR EN LA FIRMEZA DE LAS DECLARACIONES TRIBUTARIAS – Reiteración de jurisprudencia / TÉRMINO DE FIRMEZA DE DECLARACIONES TRIBUTARIAS CON SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN DE SALDO A FAVOR - Cómputo del término a partir de la solicitud de devolución. Reiteración de jurisprudencia / PRESENTACIÓN EXTEMPORÁNEA DE LA DECLARACIÓN DE RENTA - Cómputo del término de firmeza / NOTIFICACIÓN DEL REQUERIMIENTO ESPECIAL - Extemporaneidad / PRESENTACIÓN ELECTRÓNICA DE DECLARACIONES TRIBUTARIAS – Validez / PRESENTACIÓN DE DECLARACIONES TRIBUTARIAS POR MEDIOS DIFERENTES POR OBLIGADOS A UTILIZAR EL SISTEMA ELECTRÓNICO – Efectos jurídicos. La declaración se tiene como no presentada**

**Problema Jurídico:** *¿Operó la firmeza de la declaración de renta del año gravable 2010?*

**Tesis:** “[L]a Sala precisa que del examen conjunto de los artículos 705 y 714 del Estatuto Tributario se extraen tres casos específicos de firmeza de las declaraciones privadas, así: i) Declaraciones presentadas oportunamente: 2 años siguientes a la fecha del vencimiento del término para declarar. ii) Declaraciones presentadas en forma extemporánea: 2 años siguientes a la fecha de presentación. iii) Declaraciones con saldo

a favor: 2 años siguientes a la fecha de presentación de la solicitud de devolución o compensación. En el tercero de dichos escenarios se ubica el debate aquí planteado, razón por la que es pertinente recordar que de conformidad con los artículos 854 y 857 del Estatuto Tributario, las solicitudes de devolución deben presentarse dentro de los 2 años siguientes al vencimiento del plazo para declarar y en caso de presentarse sin el lleno de los requisitos formales exigidos por las normas pertinentes, procederá su inadmisión para que en el término de 1 mes se presente otra solicitud subsanando las causales de inadmisión. El examen precedente de las pruebas que conforman el expediente, permite a la Sala establecer que, si bien la actora radicó el 16 de noviembre de 2011 solicitud de devolución del saldo a favor de la declaración de renta del año gravable 2010, esta fue inadmitida el 24 de noviembre de 2011, porque la citada declaración debió presentarse en medios electrónicos y porque la relación de autorretenciones era inconsistente en cuanto a la identificación de algunos agentes de retención. De manera pues, que de conformidad con el parágrafo 1° del artículo 857 del Estatuto Tributario y tal como se indicó en la parte resolutive del respectivo auto inadmisorio, las deficiencias anotadas debían ser subsanadas por la actora a más tardar el 28 de diciembre de 2011, partiendo de la fecha en que se notificó el auto inadmisorio, esto es, 28 de noviembre de 2011 (...), sin embargo, transcurrido ese plazo, fue hasta el 24 de enero de 2012 que esta radicó una nueva solicitud de devolución. No obstante la presentación de la nueva solicitud (24 de enero de 2012), el 10 de agosto de 2012 la actora radicó desistimiento a la misma y el 13 de agosto siguiente, la Administración por auto 900060 ordenó el archivo del expediente de la solicitud de devolución y posterior traslado a otro programa de entidad (...). En ese sentido, la Sala encuentra que la contribuyente respecto de la primera solicitud optó por no sanearla conforme con lo previsto en el inciso 2° del parágrafo 1° del artículo 857 del Estatuto Tributario, sino que optó por radicar una nueva solicitud de devolución vencido el término para subsanar la primera y con relación a la segunda, presentó solicitud de desistimiento, lo que evidencia que ninguna de las dos solicitudes fue tramitada. Esta Sala se ha pronunciado respecto del término de firmeza de las declaraciones tributarias en aquellos casos en que estando frente a una solicitud de devolución opere sobre ella el rechazo o el desistimiento, como ocurre en el presente asunto, precisando que no se ampliarían los plazos para proferir el requerimiento especial (...) [E]l término de firmeza computado desde la solicitud de devolución opera respecto de aquellas solicitudes que han sido efectivas dado que su propósito es ampliar el plazo de fiscalización para la Administración, lo cual no se justificaría cuando no se ha desarrollado y concluido el trámite de devolución y/o compensación. En el caso concreto, si bien el 24 de enero de 2012, la demandante presentó solicitud de devolución del saldo a favor del impuesto sobre la renta del año 2010, el 10 de agosto de ese año 2012, desistió de la misma y el 13 de agosto de 2012 la DIAN profirió el auto de archivo número 900060. Si bien le asiste razón a la actora cuando señala que la declaración se encuentra en firme, esto ocurre, no porque se compute el término a partir de la segunda solicitud del saldo a favor, sino porque al desistirse esta aplicaba otro de los supuestos previstos tanto en el artículo 705 del E.T y artículo 714 ibídem, cuyo cómputo debía efectuarse desde la presentación extemporánea de la declaración. Lo anterior porque si bien la declaración fue presentada el 8 de abril de 2011, la misma se entendía como no presentada, en virtud de lo previsto con el inciso primero del artículo 579-2 del Estatuto Tributario, hecho que fue subsanado el 17 de noviembre de 2011, cuando (...) presentó la declaración a través de los sistemas electrónicos de la DIAN. Por consiguiente, es a partir de esa fecha en la cual se entiende válidamente presentada la declaración y desde la cual se debe computar los dos (2) años de firmeza, es decir que la misma opero el 17 de noviembre de 2013. Dado que, el requerimiento especial (...) fechado el 17 de enero de 2014, fue notificado a la actora, el 20 de enero de 2014, el mismo fue extemporáneo toda vez que para esa fecha ya había ocurrido la firmeza de la declaración de renta del año gravable 2010 según lo expuesto.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 19 de agosto de 2021, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 25000-23-37-000-2016-00856-01 \(25454\).](#)

## 4. Por violación del principio de reserva de ley en materia tributaria se anula la estampilla Fondo Pro Reforestación del departamento de Santander.

**Síntesis del caso:** *Se confirmó la anulación del numeral 1 del artículo 2 de la Ordenanza 035 del 2 de diciembre de 2016, expedida por la Asamblea del departamento de Santander, decretada por el Tribunal Administrativo del mismo departamento. Luego de establecer la naturaleza tributaria que ostenta el pago exigido en la referida norma a cargo de los contratistas, por los contratos que celebren con la entidad territorial en determinada cuantía, la Sala concluyó que no existe una ley expedida por el Congreso de la República que permita o autorice el cobro del tributo en cabeza de dicho*

*departamento, de modo que, al establecerlo, la entidad territorial se atribuyó funciones propias del legislador, por lo que confirmó la declaratoria de ilegalidad de la citada disposición.*

**FONDO DEPARTAMENTAL DE REFORESTACIÓN FONDER DEPARTAMENTO DE SANTANDER - Conformación / FONDO DEPARTAMENTAL DE REFORESTACIÓN FONDER DEPARTAMENTO DE SANTANDER - Destinación de los recursos / OBLIGACIÓN PARA CONTRATISTAS DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER QUE CELEBREN CONTRATOS QUE SUPEREN LA MÍNIMA CUANTÍA DE PAGAR SUMAS DE DINERO PARA FINANCIAR EL FONDO DEPARTAMENTAL DE REFORESTACIÓN FONDER - Naturaleza tributaria / TRIBUTOS - Características. Sentencia C-278 de 2019 de la Corte Constitucional / FACULTAD O AUTONOMÍA TRIBUTARIA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES - Alcance y límites. Reiteración de jurisprudencia / ADOPCIÓN DE IMPUESTOS POR ENTIDADES TERRITORIALES - Sujeción al principio de legalidad. Reiteración de jurisprudencia / ADOPCIÓN DE IMPUESTOS POR ENTIDADES TERRITORIALES - Parámetros mínimos para establecer los elementos del tributo. Reiteración de jurisprudencia / CREACIÓN EX NOVO DE TRIBUTOS - Reserva de ley. Reiteración de jurisprudencia / FONDO DEPARTAMENTAL DE REFORESTACIÓN FONDER DEPARTAMENTO DE SANTANDER - Creación / ESTAMPILLA FONDO PRO REFORESTACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER - Falta de autorización legal. Violación del principio de reserva de ley en materia tributaria**

**Problemas jurídicos:** *¿El pago previsto en el numeral 1 del artículo 2 de la Ordenanza 035 de 2016 expedida por el Departamento de Santander tiene naturaleza de tributo? ¿En caso de ser un tributo, el mismo respeta el principio de reserva de ley en materia tributaria?*

**Tesis:** “De acuerdo con la disposición demandada el Fondo Departamental de Reforestación está constituido por el 1% del valor de los contratos que celebre la Administración departamental que superen la mínima cuantía. En esa medida, el Departamento impone la obligación de pagar una suma de dinero a cargo de los contratistas, por los contratos que celebren con la entidad territorial en determinada cuantía, y que está destinada a conformar un fondo que financia y apoya la realización de planes y programas en materia de reforestación. Todos estos elementos denotan la naturaleza tributaria del pago exigido en la norma, dado que los tributos se caracterizan por i) ser prestaciones pecuniarias y ii) estar destinadas a la contribución del financiamiento de gastos e inversiones de una entidad estatal. (...) [S]e encuentra que la norma demandada establece un tributo, porque constituye un ingreso del departamento que consiste en una prestación pecuniaria exigida a los contratistas, por la suscripción de un contrato de determinada cuantía, y tiene por destinación el financiamiento de programas ambientales de la entidad territorial. Así, independientemente que estos recursos conformen un fondo con fines ambientales, la naturaleza tributaria se desprende de las características de la obligación impuesta en la norma demandada. Adicionalmente, se pone de presente que el Departamento en la contestación de la demanda, reconoce que el recurso se ubica en el presupuesto general del departamento del 2018 como una estampilla, lo que se ratifica en el presupuesto del año 2020, en el que también se incluyeron los rubros por el fondo de reforestación en esa categoría del tributo; situación que denota que en la entidad territorial el manejo interno del recurso era de un ingreso de carácter tributario. De conformidad con lo expuesto, es claro, que contrario a lo señalado por la demandada, el pago contemplado en el numeral 1 del artículo 2 de la Ordenanza 035 de 2016 sí corresponde a un pago de naturaleza tributaria. (...) De conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 300 de la Constitución Política, le corresponde a las Asambleas Departamentales por medio de ordenanzas decretar de conformidad con la ley, los tributos y contribuciones necesarios para el cumplimiento de las funciones departamentales, por ello la Sala advierte que el gravamen establecido en la norma demandada no tiene sustento en una ley, toda vez que fue establecido directamente por la asamblea departamental. Lo anterior, se constata además, en los considerandos de la Ordenanza 035 de 2016 en la que no se relaciona ninguna ley que ordenara la creación del tributo sobre la celebración de contratos con el departamento que superen la mínima cuantía. En relación con la autonomía tributaria de las entidades territoriales, la Sala ha mantenido una línea jurisprudencial construida a partir de la sentencia del 9 de julio de 2009 (Exp. 16544, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia), en la que ha señalado que **la facultad creadora de los tributos está atribuida al Congreso**, y que a partir del establecimiento legal del impuesto, los entes territoriales, de conformidad con las pautas dadas por la ley, pueden establecer los elementos de la obligación tributaria cuando aquella no los hubiere fijado directamente. Esa posición jurisprudencial se mantiene en la actualidad, como se verifica en la Sentencia del 6 de noviembre de 2019 (Exp. 23836, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez), reiterada en sentencia del 29 de abril de 2020 (Exp. 23273, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto) que señala: “La adopción de impuestos locales por parte de las entidades territoriales requiere de la preexistencia de una ley que autorice el tributo (ley de autorización). Aunque los entes territoriales cuentan con autonomía para el ejercicio de potestades normativas en materia tributaria, están sometidos a la Constitución y a la ley de creación o autorización del tributo. Los parámetros mínimos que los entes territoriales deben tener en cuenta para establecer, en el marco de su competencia, los elementos del tributo, son dos: (i) la autorización del

*gravamen por el legislador y (ii) la delimitación del hecho gravado con el mismo". (...) Esta conclusión es aplicable a cualquier tipo de tributo, llámese impuesto, tasa o contribución, respetando, naturalmente, las especificidades que para cada uno de ellos ha dispuesto la Constitución Política. Debe observarse que en el presente caso, tal y como lo resalta el Tribunal, el Fondo Departamental de Reforestación fue creado por la Ordenanza 035 de 1980, y su objeto fue modificado mediante la ordenanza 027 de 2005. Posteriormente, la Ordenanza 077 de 2014, señaló que continuaba vigente el Fondo y mediante la Ordenanza 035 de 2016, la Asamblea aclaró que el mismo estaría constituido, entre otros, por el 1% del valor de los contratos que celebre la Administración Departamental o sus diferentes institutos descentralizados que superen la mínima cuantía. En esa medida no existe una ley que preceda la creación del tributo, sino unas normas de orden departamental. Tampoco puede considerarse que las normas constitucionales que regulan el medio ambiente, ni los fines y destinación del recurso en materia ambiental, autoricen al departamento a la creación del tributo, pues se repite, el establecimiento de un gravamen por parte de las entidades territoriales debe fundamentarse en una ley que ordene su creación. De lo anterior, se concluye que no existe una ley expedida por el Congreso de la República que permita o autorice el cobro del tributo en cabeza del Departamento de Santander. Por tanto, al establecerlo, la entidad territorial se atribuyó funciones propias del legislador".*

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 30 de septiembre de 2021, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 68001-23-33-000-2018-00293-01 \(25506\).](#)

## **5. Se condiciona la legalidad del artículo 1.2.4.1.35 del Decreto 1625 de 2016, Único Reglamentario en materia tributaria, a que se entienda que la expresión “unidades retiradas” se refiere a sumas de dinero expresadas en Unidades de Valor Tributario UVT’s.**

*Síntesis del caso: Al estudiar la legalidad de apartes del artículo 1.2.4.1.35 del Decreto 1625 de 2016, adicionado por el artículo 10 del Decreto 2250 de 2017, reglamentario de la Ley 1819 de 2016, la Sala lo declaró ajustado a derecho, pero condicionó su legalidad, en el entendido de que la expresión “unidades retiradas”, contenida en los apartes acusados, se refiere a sumas de dinero expresadas en Unidades de Valor Tributario - UVT’s. La Sala concluyó que el gobierno nacional no excedió la potestad reglamentaria al incluir la referida expresión como parámetro para determinar la base gravable de retención en la fuente por el retiro de los aportes o rendimientos de las cuentas AFC y AVC, ante el incumplimiento del término mínimo de permanencia previsto en el artículo 126-4 del Estatuto Tributario, dado que las sumas así retiradas se deben reexpresar en UVT’s con la finalidad de establecer su valor histórico, el cual se aplica al resto de la fórmula que dispone el decreto reglamentario en orden a hallar la retención en la fuente que deben practicar las entidades financieras. La Sala precisó que el cálculo del valor histórico se realiza debido a que el aporte que se efectuó o el rendimiento financiero que se obtuvo en determinada fecha no equivale al mismo valor que se retira con posterioridad, porque las sumas se desvalorizan con el paso de los años, razón por la cual se busca actualizar el valor de la retención en la fuente que se dejó de practicar en el momento en que se recibió el ingreso (aportes o rendimientos financieros).*

**DEPÓSITOS DE CONTRIBUYENTES PERSONAS NATURALES EN CUENTAS DE AHORRO PARA EL FOMENTO DE LA CONSTRUCCIÓN AFC O SUS RENDIMIENTOS – Tratamiento tributario en el impuesto sobre la renta y complementarios / INCENTIVO AL AHORRO DE LARGO PLAZO PARA EL FOMENTO DE LA CONSTRUCCIÓN - Pérdida del beneficio por incumplimiento del término legal de permanencia de los aportes / RETIRO DE DEPÓSITOS DE CONTRIBUYENTES PERSONAS NATURALES DE CUENTAS DE AHORRO PARA EL FOMENTO DE LA CONSTRUCCIÓN AFC O SUS RENDIMIENTOS ANTES DEL CUMPLIMIENTO DEL TÉRMINO LEGAL DE PERMANENCIA DE LOS APORTES - Efectos jurídicos / CUENTA DE CONTROL DE RETENCIONES CONTINGENTES POR RETIRO DE AHORROS DE CUENTAS AFC O AVC - Contenido / RETENCIÓN CONTINGENTE POR RETIRO DE AHORROS DE CUENTAS AFC O AVC - Concepto / CÁLCULO DE LA BASE DE RETENCIÓN EN LA FUENTE Y AJUSTES A LA CUENTA DE CONTROL POR CONCEPTO DE RETIRO DE CUENTAS DE AHORRO PARA EL FOMENTO DE LA CONSTRUCCIÓN AFC O DE LAS CUENTAS DE AHORRO**

**VOLUNTARIO AVC - Incumplimiento del término legal de permanencia de los aportes o sus rendimientos / CÁLCULO DE LA BASE DE RETENCIÓN EN LA FUENTE Y AJUSTES A LA CUENTA DE CONTROL POR CONCEPTO DE RETIRO DE CUENTAS DE AHORRO PARA EL FOMENTO DE LA CONSTRUCCIÓN AFC O DE LAS CUENTAS DE AHORRO VOLUNTARIO AVC – Procedimiento / CÁLCULO DE LA BASE DE RETENCIÓN EN LA FUENTE Y AJUSTES A LA CUENTA DE CONTROL POR CONCEPTO DE RETIRO DE CUENTAS DE AHORRO PARA EL FOMENTO DE LA CONSTRUCCIÓN AFC O DE LAS CUENTAS DE AHORRO VOLUNTARIO AVC – Fórmula / UNIDADES RETIRADAS PARA EL CÁLCULO DE LA BASE GRAVABLE DE RETENCIÓN EN LA FUENTE POR CONCEPTO DE RETIRO DE CUENTAS DE AHORRO PARA EL FOMENTO DE LA CONSTRUCCIÓN AFC O DE LAS CUENTAS DE AHORRO VOLUNTARIO AVC - Legalidad condicionada del artículo 1.2.4.1.35 del Decreto 1625 de 2016 / UNIDADES RETIRADAS PARA EL CÁLCULO DE LA BASE GRAVABLE DE RETENCIÓN EN LA FUENTE POR CONCEPTO DE RETIRO DE CUENTAS DE AHORRO PARA EL FOMENTO DE LA CONSTRUCCIÓN AFC O DE LAS CUENTAS DE AHORRO VOLUNTARIO AVC – Alcance para efectos del artículo 1.2.4.1.35 del Decreto 1625 de 2016 / VALOR HISTÓRICO DE SUMAS RETIRADAS POR CONCEPTO DE APORTES O RENDIMIENTOS FINANCIEROS DE CUENTAS DE AHORRO PARA EL FOMENTO DE LA CONSTRUCCIÓN AFC O DE LAS CUENTAS DE AHORRO VOLUNTARIO AVC – Fórmula / OBTENCIÓN DEL VALOR HISTÓRICO DE LAS SUMAS RETIRADAS POR CONCEPTO DE APORTES O RENDIMIENTOS FINANCIEROS DE CUENTAS DE AHORRO PARA EL FOMENTO DE LA CONSTRUCCIÓN AFC O DE LAS CUENTAS DE AHORRO VOLUNTARIO AVC - Finalidad / EXCESO DE POTESTAD REGLAMENTARIA - Inexistencia**

**Problema jurídico:** *¿La expresión de “unidades retiradas” contenida en el artículo 1.2.4.1.35 del Decreto 1625 de 2016, adicionado por el artículo 10 del Decreto 2250 de 2017, excede o no los presupuestos establecidos en el artículo 126-4 del Estatuto Tributario, para determinar la base gravable de retención en la fuente por el retiro de los aportes o rendimientos de las cuentas AFC y AVC, cuando no se haya cumplido el tiempo de permanencia previsto en la ley?*

**Tesis:** “En ejercicio de la potestad reglamentaria, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1625 de 2016, que en el artículo 1.2.4.1.35, estableció el procedimiento para determinar la base gravable de retención en la fuente por el retiro de los aportes o rendimientos de las cuentas AFC y AVC, cuando no se haya cumplido el tiempo de permanencia previsto en el artículo 126-4 del Estatuto Tributario.(...) Se observa que el artículo 126-4 del Estatuto Tributario (norma que se alega como violada) establece que las sumas que depositen los contribuyentes personas naturales en las cuentas AFC o sus rendimientos no formarán parte de la base de retención en la fuente del contribuyente y tendrán el carácter de rentas exentas del impuesto de renta y complementarios. Sin embargo, la norma también consagra que si estos recursos son retirados antes de un período de permanencia de 5 o 10 años, según corresponda, para cualquier otro propósito diferente a la adquisición de vivienda, implica que el trabajador pierda el beneficio y se efectúen por parte de la entidad financiera, las retenciones inicialmente no realizadas en el año que se percibió el ingreso y se hizo el aporte. Por lo anterior, los establecimientos de crédito vigilados por la Superintendencia Financiera de Colombia, las organizaciones de economía solidaria vigiladas por la Superintendencia Financiera o la Superintendencia de Economía Solidaria; que realicen préstamos hipotecarios y estén legalmente autorizados para ofrecer cuentas de ahorro para el fomento de la construcción AFC o cuentas de ahorro voluntario contractual AVC, deberán llevar para cada una de estas cuentas, una cuenta en pesos de control denominada “Retenciones contingentes por retiro de ahorros de cuentas AFC o AVC”, en donde se registrará el valor no retenido inicialmente al monto de los depósitos cuya permanencia en la cuenta sea inferior a 10 años o 5 años, el cual se retendrá al momento de su retiro cuando no se verifiquen las condiciones para que los aportes mantengan el beneficio (artículo 1.2.4.1.12 del Decreto Reglamentario 1625 de 2016). La retención en la fuente es la que debe practicar la entidad en la que se tiene la cuenta AFC o AVC, o los aportes voluntarios a pensión considerados renta exenta, cuando se retiren los aportes realizados sin que hubieren cumplido el término mínimo de permanencia o no se verifiquen las condiciones para que dichos aportes mantengan el beneficio. La retención contingente corresponde a lo no retenido inicialmente al monto de los depósitos. Por su parte, la norma reglamentaria acusada alude directamente al procedimiento para el cálculo de la base de retención en la fuente y los ajustes a la cuenta de control por concepto de retiros de aportes hechos a cuentas AFC o AVC de que trata el artículo 2 de la Ley 1114 de 2006 o sus rendimientos, cuando el contribuyente no cumple con el término de permanencia que prevé el artículo 126-4 del Estatuto Tributario (...) Si bien es cierto que en el Concepto Unificado 912 de 19 de julio de 2018, la DIAN señaló que el término de “unidades retiradas” en el contexto del artículo 1.2.4.1.35 del Decreto 1625 de 2016, corresponde a montos aportados (sumas de dinero), la Sala considera que debe entenderse que dichos montos deben ser reexpresados en UVT’s para efectos de la aplicación de la fórmula descrita en la norma que contempla el procedimiento para obtener la retención en la fuente. Ello, por cuanto el artículo 868 del Estatuto Tributario dispone que “todas las cifras y valores absolutos aplicables a impuestos, sanciones y en general a los asuntos previstos en las disposiciones tributarias se expresarán en UVT”. (...) Al

realizar un análisis de la norma acusada, la Sala encuentra que la referencia gramatical “*unidades retiradas*” no implica la adición de requisitos para efectos de determinar la retención en la fuente. Por el contrario, dicha previsión en armonía con lo dispuesto en el artículo 126-4 del Estatuto Tributario hace referencia a los rendimientos y a los aportes en dinero retirados sin el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 126-4 del Estatuto Tributario, es decir, a las sumas de dinero retiradas expresadas en UVT’s. Lo anterior, porque las sumas retiradas por concepto de aportes o rendimientos financieros, según el caso, deben ser reexpresadas en UVT’s con la finalidad de establecer el valor histórico, que según la norma, se obtiene de multiplicar las unidades retiradas, esto es, las sumas de dinero retiradas expresadas en UVT’s vigente al momento del retiro, por el valor de la Unidad de Valor Tributario - UVT vigente en el periodo en que se generó el rendimiento o se efectuó el aporte. Este resultado se aplica al resto de la fórmula que dispone el decreto reglamentario y así se halla la retención en la fuente que deben practicar las entidades financieras. Este cálculo para obtener el valor histórico se realiza debido a que el aporte que se efectuó o el rendimiento financiero que se obtuvo en determinada fecha no equivale al mismo valor que se retira con posterioridad, dado que las sumas se desvalorizan con el paso de los años, razón por la cual, se busca actualizar el valor de la retención en la fuente que fue dejada de practicar en el momento en que se recibió el ingreso (aportes o rendimientos financieros). De manera que al fijar el término “*unidades retiradas*”, el decreto no desborda los límites de la potestad reglamentaria del Gobierno, sino que desarrolla lo dispuesto en el artículo 126-4 del Estatuto Tributario, pues ante la pérdida del beneficio de que trata esta norma, determina el procedimiento para el cálculo de la base gravable de retención en la fuente sobre los retiros que se hagan en las cuentas AFC y AVC, antes del término temporal o para fines diferentes a las previstos en la norma presuntamente infringida. No obstante lo anterior, la Sala considera pertinente que ante posibles confusiones, se hace necesario precisar que en ese sentido la expresión “*unidades retiradas*” prevista en la norma acusada debe entenderse como sumas de dinero expresadas en Unidades de Valor Tributario - UVT’s. En consecuencia, se declarará la legalidad condicionada del artículo 1.2.4.1.35 del Decreto 1625 de 2016, “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario en Materia Tributaria*”, adicionado por el artículo 10 del Decreto 2250 de 2017, en el entendido que la expresión “*unidades retiradas*” prevista en la norma acusada se refiere a sumas de dinero expresadas en Unidades de Valor Tributario - UVT’s.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 15 de octubre de 2021, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2018-00043-00 \(24049\).](#)

## 6. Los proveedores de comercializadoras internacionales solo están obligados a practicar retención de IVA cuando efectúen ventas o presten servicios que se califiquen como exentos con derecho a devolución de impuestos.

**Síntesis del caso:** *Mediante los actos administrativos acusados, la DIAN rechazó la solicitud de devolución y/o compensación del saldo a favor autoliquidado por un contribuyente en su declaración del IVA del sexto bimestre del año gravable 2011, con el argumento de que incumplió la exigencia del ordinal 5° del artículo 857 del Estatuto Tributario, pues efectuó «transacciones con comercializadoras internacionales sin practicar retención del 75% por compras a responsables del régimen común». De la interpretación conjunta de los ordinales 7.º del artículo 437-2 y 5.º del artículo 857 ibidem (adicionados por los artículos 13 y 14 de la Ley 1430 de 2010, respectivamente), la Sala infirió que la exigencia del ordinal 5.º del artículo 857 se circunscribe a quienes realicen con dichas sociedades operaciones de ventas de bienes o de prestaciones de servicios que se califiquen como exentas «con derecho a devolución de impuestos», por virtud de los artículos 479 y 481, letra b), del E.T. En consecuencia, anuló los actos demandados, tras concluir que la demandante no estaba sujeta a dicha obligación como requisito para acceder a la devolución o compensación de los saldos a favor generados en sus declaraciones del IVA, pues las ventas que hizo a la CI no correspondieron a operaciones exentas con derecho a devolución de impuestos, pues no estaban destinadas a la exportación de los bienes transados.*

**BIENES EXENTOS DE IVA CON DERECHO A DEVOLUCIÓN BIMESTRAL - Operaciones de venta en el país de bienes de exportación a sociedades de comercialización internacional CI, efectivamente exportados / BIENES EXENTOS DE IVA CON DERECHO A DEVOLUCIÓN BIMESTRAL - Prestación de servicios intermedios de la producción a sociedades de comercialización internacional CI,**

**efectivamente exportados / SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN Y/O COMPENSACIÓN DE SALDOS A FAVOR EN EL IVA FORMULADA POR RESPONSABLES DEL RÉGIMEN COMÚN PROVEEDORES DE SOCIEDADES DE COMERCIALIZACION INTERNACIONAL – Alcance del requisito del ordinal 5 del artículo 857 del Estatuto Tributario / RECHAZO E INADMISIÓN DE SOLICITUDES DE DEVOLUCIÓN Y/O COMPENSACIÓN DE SALDOS A FAVOR EN EL IVA FORMULADAS POR RESPONSABLES DEL RÉGIMEN COMÚN PROVEEDORES DE SOCIEDADES DE COMERCIALIZACION INTERNACIONAL – Alcance del ordinal 5 del artículo 857 del Estatuto Tributario / DEVOLUCIÓN Y/O COMPENSACIÓN DE SALDOS A FAVOR EN EL IVA EN OPERACIONES CON SOCIEDADES DE COMERCIALIZACION INTERNACIONAL – Interpretación conjunta de los ordinales 7 del artículo 437-2 y 5 del artículo 857 del Estatuto Tributario / RETENCIÓN EN LA FUENTE A TÍTULO DE IVA EFECTUADA POR RESPONSABLES DEL RÉGIMEN COMÚN PROVEEDORES DE SOCIEDADES DE COMERCIALIZACION INTERNACIONAL – Alcance del ordinal 7 del artículo 437-2 del Estatuto Tributario / RECHAZO DE SOLICITUDES DE DEVOLUCIÓN Y/O COMPENSACIÓN DE SALDOS A FAVOR EN EL IVA POR NO HABER CUMPLIDO CON LA OBLIGACIÓN DE EFECTUAR LA RETENCIÓN – Aplicación frente a operaciones de venta en el país de bienes de exportación a sociedades de comercialización internacional CI**

**Problema jurídico:** *¿A fin de obtener la devolución y/o compensación del saldo a favor solicitado, la actora estaba obligada a cumplir con el requisito prescrito por el ordinal 5.º del artículo 857 del ET, consistente en practicarle retenciones en la fuente a título del IVA a sus proveedores del régimen común?*

**Tesis:** “Al respecto se tiene en cuenta que los artículos 479 y 481, letra b), del ET disponen que están exentos del IVA y dan derecho a devolución bimestral, tanto las operaciones de venta de bienes corporales muebles a las CI, como las prestaciones de servicios intermedios de la producción hechas a dichas entidades, a condición de que el producto final se exporte efectivamente. Pero para controlar las devoluciones de los saldos a favor que se generan en el IVA cuando los responsables del impuesto realizan este tipo de operaciones con las CI, el artículo 13 de la Ley 1430 de 2010 contempló un supuesto de retención en la fuente del IVA soportado en la cadena productiva del vendedor de bienes y servicios a la CI. Este fue incorporado en el ordinal 7.º del artículo 437-2 del ET, según el cual quienes le efectúen ventas a una CI (*i.e.* «*los responsables del régimen común proveedores de una sociedad de comercialización internacional*») deben practicarle retenciones en la fuente, a título del IVA, a aquellos a quienes les adquieran bienes o servicios gravados, salvo que estos sean entidades estatales ni grandes contribuyentes. Correlativamente con dicha obligación, el ordinal 5.º del artículo 857 del ET (incorporado por el artículo 14 de la Ley 1430 de 2010) supeditó la procedencia de las solicitudes de devolución y/o compensación de saldos a favor en el IVA formuladas por proveedores de CI, a que se corrobore que se encuentran al día con la obligación de practicar, declarar y consignar las retenciones en la fuente «*de los períodos cuyo plazo para la presentación y pago se encuentren vencidos*» a la fecha en que se tramita la solicitud. La conjunción de ambas normas impide que el beneficio establecido en los artículos 479 del ET y 481, letra b), *ibidem* sea capturado artificiosamente y, a la vez, asegura el efectivo recaudo del IVA a devolver por haber sido soportado al producir bienes que se exportan. Pero según permite apreciar el mecanismo objeto de análisis, este no consiste en una obligación indiscriminada de practicar retenciones en la fuente a título del IVA, toda vez que está destinado específicamente a controlar los saldos a favor generados en el IVA en el proceso productivo de las mercancías que se exportan con intermediación de las CI. Por tanto, la calidad de «*proveedor de sociedades de comercialización internacional*», contemplada en el supuesto de hecho de las normas objeto de interpretación, no alude a una circunstancia subjetiva abierta –atribuible a quienes le vendan bienes o presten servicios de cualquier índole a las CI–, sino que se circunscribe a quienes realicen con las CI operaciones de ventas de bienes o de prestaciones de servicios que se califiquen como exentas «*con derecho a devolución de impuestos*», por virtud de los artículos 479 y 481, letra b), del ET. Así, para la Sala la causal de rechazo de las solicitudes de devolución o de compensación de saldos a favor consagrada en el ordinal 5.º del artículo 857 del ET, relativa a «*no haber cumplido con la obligación de efectuar la retención, consignar lo retenido y presentar las declaraciones de retención en la fuente con pago, de los períodos cuyo plazo para la presentación y pago se encuentren vencidos*», solo es aplicable cuando se pretenda la devolución o la compensación de saldos a favor derivados de la exportación de bienes a través de CI. (...) [L]as ventas realizadas por la actora a la CI no correspondieron a operaciones exentas con derecho a devolución de impuestos, pues no estaban destinadas a la exportación de los bienes transados. De modo que, bajo la interpretación establecida por la Sala de las normas que rigen el caso, la demandada se encontraba por fuera del ámbito de aplicación del ordinal 5.º del artículo 857 del ET, dado que no estaba sujeta a practicar la retención en la fuente contemplada ordinal 7.º del artículo 437-2 del ET. (...) 7- Por las razones expuestas, la Sala confirmará la sentencia apelada, que accedió a las pretensiones de la demanda, habida cuenta de que la actora no estaba sujeta a la exigencia prescrita por el ordinal 5.º del artículo 857 del ET para obtener la devolución o compensación del saldo pretendido.”

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 30 de septiembre de 2021, C. P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 25000-23-37-000-2013-01417-01 (23398).

# SECCIÓN QUINTA

## 1. Se confirmó la sentencia de primera instancia que negó la nulidad del acto de nombramiento del gerente de la ESE Hospital Emiro Quintero Cañizares.

**Síntesis del caso:** *Se demandó la nulidad del acto de nombramiento del gerente de la ESE Hospital Emiro Quintero Cañizares, aduciendo que (i) el acto de nombramiento está viciado por infracción de las normas en que debería fundarse; (ii) desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió y (iii) expedición irregular. La Sala confirmó la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, luego de concluir conforme a la evolución normativa en la materia, que los gerentes de las empresas sociales del estado ya no están sometidos al mecanismo de provisión mediante concurso de méritos público y abierto como tampoco que de manera consecuencial presente una lista de elegibles génesis de la terna para proveer el cargo. Así mismo, que para el espectro del cargo gerencial no existen las dos modalidades de la reelección que preveían normas anteriores al año 2016, sin que ello constituya la proscripción de la reelección, comoquiera que no existe prohibición expresa que así lo haya determinado normativamente.*

**NULIDAD ELECTORAL - Contra el acto de elección del gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Emiro Quintero Cañizares de Ocaña / GERENTE DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO - Ya no están sometidos al mecanismo de provisión mediante concurso de méritos público y abierto / REELECCIÓN DEL GERENTE DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – No existe prohibición expresa que así lo haya determinado**

**Problema jurídico:** *“Corresponde a esta Sección determinar si confirma, modifica o revoca la sentencia de 10 de diciembre de 2020, mediante la cual, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander negó las pretensiones de la demanda relacionadas con la forma como se hizo el nombramiento cuestionado. Conforme a la síntesis que se hiciera del contenido del recurso de alzada, la Sala encuentra que su contexto es más restringido que el planteamiento que hiciera el demandante ante la primera instancia mediante la demanda, al no insistir ante el ad quem en las censuras de desviación de las atribuciones, ni en la expedición irregular con las que criticó el acto de nombramiento demandado ni en el supuesto hecho impeditivo que consideró era predicable del secretario jurídico de la gobernación al haber dado respuesta a una petición que elevara, atinente a la no realización de convocatoria ni de concurso público de méritos, comoquiera que tal y como se referenció en la síntesis del recurso de apelación, el recurrente focalizó exclusivamente los argumentos de la alzada”.*

**Tesis:** “Dentro del marco expuesto, la Sección Quinta evidencia que normativamente hay un antes y un después de la entrada en vigencia de la Ley 1797 de 2016 y de su reglamentario 1427 del mismo año, que suprimió el concurso de méritos como en el pasado se previó, cambio que avizoró y se validó con la sentencia C-046 de 23 de mayo de 2018, por si se dudaba que al haber suprimido el concurso de méritos se incurría en violación del mandato constitucional 125 y que la Corte zanjó al declarar exequible la norma contenida en el artículo 20 de la Ley en cita. (...). Dentro de ese contexto, lo cierto es que la Ley 1797 de 2016 no aludió a la figura de la reelección, salvo en un aparte [del] parágrafo transitorio del artículo 20. (...). No obstante, la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional han indicado que el derecho constitucional a ser elegido y hacer parte del poder político o público, previsto en el artículo 40 Superior, y en el que claro está se incluyen las designaciones en todas sus modalidades, en el caso de la figura de la reelección solo puede ser restringido mediante la prohibición expresa. (...). Colofón, es que la evolución normativa permite a la Sala afirmar que los gerentes de las empresas sociales del estado, ya no están sometidos al mecanismo de provisión mediante concurso de méritos público y abierto como tampoco que de manera consecuencial presente una lista de elegibles génesis de la terna para proveer el cargo, sino que con la regulación de 2016, como lo indicó la Corte [Constitucional] en su sentencia C-046 de 2018, pueden ser designados con la concurrencia de dos presupuestos a cargo del nominador, se hace referencia a la verificación previa del cumplimiento de los requisitos del cargo establecidos en las normas correspondientes y de la evaluación de las competencias que señale el DAFP, los cuales constituyen condiciones objetivas de selección. Por otra parte, que para el espectro del cargo gerencial no existen las dos modalidades de la reelección que preveían normas anteriores al año 2016, en las categorías de (i) concurso de méritos y (ii) de evaluación, en atención a la sustitución o subrogación normativa, sin que ello constituya la proscripción de la reelección, comoquiera que no existe prohibición expresa que así lo haya determinado normativamente. (...). [N]o resulta de recibo exigir al nominador el requisito previo de que la junta directiva de la E.S.E la proponga para que aquel opte por esa decisión de proveer el cargo con la designación de quien ya había desempeñado el cargo. Así las cosas, los argumentos de la parte recurrente

no tienen la virtualidad de generar la convicción para quebrar el fallo emitido por el a quo, por lo que se impone confirmar la sentencia apelada.”

### **Aclaración de voto de la magistrada Rocío Araujo Oñate**

#### **NULIDAD ELECTORAL – Mérito en el proceso de reelección de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado / NULIDAD ELECTORAL – Debería considerarse la evaluación del mérito y de la gestión desempeñada por quien es reelegido en el cargo**

**Tesis:** “En primer lugar, resulta acertado indicar, como se precisó en el fallo adoptado por la Sala de Sección, que con la Ley 1797 del 2016, especialmente con el artículo 20 de la misma, se presentó una modificación respecto de la elección de los gerentes de las empresas sociales del Estado, pues conforme a dicha disposición legislativa, es claro que la facultad nominadora puede ejercerse de forma directa por el presidente, gobernador o alcalde -dependiendo del nivel de la entidad-, previa la verificación del cumplimiento de las calidades para ocupar dicho cargo, sumado a un elemento de meritocracia, cual es la evaluación de las competencias. (...). Por ello, los nominadores deben acudir a criterios objetivos a efectos de dar cumplimiento al criterio del mérito que por disposición expresa del señalado artículo 125 constitucional, debe garantizarse incluso cuando se ejerce los elementos reglados y discrecionales, como es lo que acontece con el nombramiento o reelección de los gerentes de las empresas sociales del Estado tras la reforma del año 2016. Implica ello, en caso de reelección, la constatación de las calidades para ejercer el cargo pero aún con mayor rigor la evaluación del mérito, pues no resulta constitucional ni legal la reelección de un gerente, quien con obstatante cumplir con las calidades, deja mucho que desear frente a su comportamiento social, su capacidad de relacionamiento, su idoneidad moral o su efectividad en los resultados de su gestión. En síntesis, el mérito para mantenerse en el cargo por otro cuatrienio, debería considerar la evaluación del mérito y la gestión desempeñada por la persona que venía ocupando el cargo. Haciendo uso de la calificación de la gestión del último año de quien pretende reelegirse, se llena de contenido el criterio del mérito en el caso del gerente-candidato de las ESE, a pesar de que, como bien lo sostuvo la providencia adoptada por esta Sala de Sección, la regulación sobre la reelección ya no resulta aplicable, pero pervive el artículo 125 de la Constitución. Con ello, se evita una designación basada únicamente en criterios formales, es decir, el cumplimiento de las calidades que ya habían sido acreditadas para dar paso al mérito. (...). Así las cosas, es claro que dicha norma [artículo 74 de la Ley 1438 del 2011] también constituye una herramienta para que, aun bajo la reforma al proceso de nombramiento de los gerentes de las ESE efectuada en el año 2016, se tengan claros los criterios al momento de decidir reelegir a quien viene desempeñando dicha posición, acudiendo a un criterio objetivo de constatación de las calidades y a las razones de mérito, explicadas anteriormente, donde pieza fundamental es la evaluación de la gestión.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 9 de septiembre de 2021; C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 54001-23-33-000-2020-00470-01.](#)

## **2. Se confirmó la sentencia de primera instancia que negó la nulidad del acto de nombramiento de la alcaldesa local de Kennedy.**

**Síntesis del caso:** *Se demandó la nulidad del acto de nombramiento de la alcaldesa local de Kennedy, alegando que la demandada estaba incurso en inhabilidad en la medida que había intervenido en gestión de negocios y en celebración de contratos dentro de los tres (3) meses anteriores a su nombramiento. La Sala confirmó la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, luego de concluir que no se acreditó la intervención en gestión de negocios como tampoco en celebración de contratos por parte de la demandada.*

#### **NULIDAD DE LA ELECCIÓN DEL ALCALDE LOCAL – No se acreditó la intervención en gestión de negocios como tampoco en celebración de contratos**

**Problema jurídico:** *¿El cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de prestación de servicios profesionales N°. 092 de 2019 entre el Fondo de Desarrollo Local de la alcaldía de Tunjuelito y la demandada, supusieron para ésta una intervención inadecuada en la actividad contractual del Distrito Capital de Bogotá, como factor inhabilitante de su nombramiento como alcaldesa local de Kennedy, a las voces del ordinal 4° del artículo 66 del Decreto-Ley N°. 1421 de 1993?*

**Tesis:** “[L]a Sala destaca que la sentencia de 3 de junio de 2021 debe ser confirmada por las [siguientes] razones. (...) [T]omando en cuenta la suscripción del contrato –como punto nodal de la jurisprudencia construida por esta Sección en torno a la inhabilidad consistente en la intervención en la celebración de contratos–, el fallador de primera instancia determinó que la firma del vínculo contractual sobrepasaba de manera evidente el término de los tres meses plasmado en el ya tantas veces mencionado artículo 66.4 ejusdem. Es decir que, el Tribunal, lejos de fijarse en la ejecución del contrato –que no corresponde a un punto que deba ser visto desde la perspectiva de la intervención en la celebración de contratos– explicó que para el caso concreto el elemento temporal de la causal de inelegibilidad endilgada a la demandada no tenía lugar. Así las cosas, la Sección Quinta revela que no es cierto que el a quo hubiere omitido por completo la presunta intervención en la celebración de contratos en la que habría incurrido la demandada, sino tan solo que el apelante centra su atención en un hecho que no debe ser analizado a la hora de emprender el análisis de esta causal, a saber, la ejecución del convenio N°. 092 de 28 de febrero de 2019. (...). [L]a Sala recuerda que, a la manera como lo ha expuesto la jurisprudencia de esta Sección, la ejecución de un contrato no conlleva intervención en la gestión de negocios –que se refiere tan solo a la puesta en marcha de conductas precontractuales–, ni mucho menos la intervención en la celebración de contratos, fenómeno desde el cual, la suscripción del acuerdo se presenta como el único punto adecuado para determinar la materialización de ese motivo inhabilitante. (...). Por todo lo anterior, y no existiendo prueba en el plenario que acredite que dentro de los tres meses anteriores a la inscripción de su candidatura a la Alcaldía Local de Kennedy –ocurrida el 4 de febrero de 2020–, la demandada hubiere suscrito contratos con el Distrito Capital o intervenido en la gestión de negocios (...), la Sección Quinta confirmará el fallo de 3 de junio de 2021, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 9 de septiembre de 2021; C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 25000-23-41-000-2020-00347-02.](#)

### 3. Se declaró la nulidad del acto de elección de la contralora municipal de Valledupar.

**Síntesis del caso:** *Se demandó la nulidad del acto de elección de la contralora municipal de Valledupar alegando infracción de las normas en que debía fundarse y expedición irregular del acto demandado, bajo el supuesto de que la demandada no había ejercido funciones públicas por un período no inferior a dos (2) años, como requisito para acceder al cargo. La Sala revocó la decisión de primera instancia que había negado las pretensiones de la demanda, para en su lugar, declarar la nulidad del acto de elección, luego de concluir que en efecto, la demandada no había cumplido el requisito de haber ejercido funciones públicas por un período no inferior a dos (2) años.*

**NULIDAD ELECTORAL - Contra el acto de elección de contralor municipal / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA – Se ejecuta por regla general mediante empleo público / NULIDAD ELECTORAL – La demandada no cumplió el requisito de haber ejercido funciones públicas por un período no inferior a dos años**

**Problema jurídico:** *¿La demandada cumplió con el requisito establecido en el numeral 9 de la Resolución 051 del 29 de noviembre de 2019 expedida por el Concejo Municipal de Valledupar, mediante la cual se dio apertura a la convocatoria pública para la elección del contralor municipal de Valledupar, para el período 2020 - 2021, la cual en su artículo 9 contempló como requisito de participación, entre otros, haber ejercido funciones públicas por un período no inferior a dos (2) años?*

**Tesis:** “[P]ara el a quo el requisito estudiado en el sub-examine, se traduce en el ejercicio de función pública, mas no en haber desempeñado un empleo público, que tienen connotaciones distintas. (...). [L]a colegiatura de primera instancia concluyó que en el presente asunto es posible predicar de forma excepcional, el cumplimiento de función pública por parte de la hoy demandada, a través de la suscripción de diversos contratos de prestación de servicios suscritos con Empresas Sociales del Estado, como es el caso puntual de la ESE La Divina Misericordia de Magangué – Bolívar, por espacio de más de dos (2) años. Al respecto, la Sala considera que no le asiste razón al juez de primera instancia, por varias razones. (...). [E]l desempeño de funciones públicas de carácter permanente en ningún caso es susceptible de celebración de contratos de prestación de servicios. Para el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente deberán crearse los empleos correspondientes. (...). Luego, a través de la vinculación por contrato de prestación de servicios no pueden desempeñarse funciones públicas de carácter permanente o de aquellas que se encuentren previstas

en la ley o el reglamento para un empleo público. De manera que, se insiste, la ejecución de funciones públicas que de ordinario están asignadas a las entidades del Estado deben ejecutarse por regla general mediante empleo público. Si bien existen eventos en que los particulares sin tener la investidura de empleado o servidor pueden eventualmente desempeñar función pública, lo cierto es que para que ello ocurra la ley ha previsto una serie de condiciones y presupuestos para que el particular pueda ejercerlas tales como: la expedición de un acto administrativo, la delegación puntual habilitada por la ley, la concesión o la prestación de un servicio público. (...). En gracia de discusión, aun cuando esta Sala Electoral acudiera a un "criterio material" como lo sustentó el a quo, las labores acreditadas por la demandada en el proceso de selección y que el Tribunal tuvo en cuenta para demostrar el pluricitado requisito, tampoco evidencian el ejercicio de función pública alguna. (...). Desde un punto de vista material, resulta forzada la conclusión que expuso el Tribunal de primer grado, al advertir que las precitadas labores comportan el ejercicio de función pública, en tanto que ésta se manifiesta como la exteriorización de potestades inherentes al Estado, como por ejemplo la expedición de actos unilaterales que deciden situaciones que afectan a terceros o la imposición coercitiva de una decisión a un tercero, y, en general, el ejercicio de autoridad inherente del Estado. Sin embargo, de las actividades referidas no es posible predicar ninguna de esas facultades. (...). Igual conclusión se predica de la certificación de la E.S.E. Hospital San Martín de Loba, entidad con la cual la demandada suscribió un contrato de prestación de servicios (sin que se advierta la fecha ni el tiempo de duración en la certificación aportada) y de la constancia del contrato de aprendizaje con Electricaribe S.A. Ahora, pese a que la demandada acreditó mediante otras certificaciones su vinculación con la DIAN, las que eventualmente podrían constituir el ejercicio de función pública, lo cierto es que el tiempo trabajado no resulta suficiente para efectos de demostrar el cumplimiento del requisito exigido en la convocatoria para la elección del contralor municipal de Valledupar, pues con la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales tan solo laboró 9 meses y 29 días. Lo propio ocurre con las certificaciones de la alcaldía municipal de Margarita, Bolívar. (...). En consecuencia, la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar el 17 de junio de 2021 habrá de revocarse para en su lugar, declarar la nulidad del acto de elección de la [demandada] (...) como contralora municipal de Valledupar para el periodo 2020-2021 contenido en el acta de sesión ordinaria 007 del 8 de enero de 2020 del Concejo Municipal de Valledupar."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 9 de septiembre de 2021; C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 20001-23-33-000-2020-00033-01.](#)

## 4. Se declaró la nulidad del acto de elección del director general de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda, CARDER.

**Síntesis del caso:** *Se demandó la nulidad del acto de elección del director general de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda, CARDER aduciendo que hubo (i) violación de las normas superiores en que debería fundarse: (a) al permitir a miembros integrantes la participación virtual en la sesión de elección de director general, (b) por tratar un punto no contemplado en el orden del día, (c) por designar el presidente ad hoc en forma indebida, (d) por expedir los acuerdos 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14 sin cumplir los estatutos; (e) por vulnerar el debido proceso al no comunicar la decisión de las recusaciones al recusante y (f) las recusaciones afectaron el quórum para deliberar y decidir según el artículo 42 de los estatutos de la CARDER. (ii) expedición irregular; (iii) falsa motivación como censura que recae sobre conceptos jurídicos y (iv) falta de competencia del Consejo Directivo al no dar el trámite previsto en la ley a las recusaciones que afectaron el quórum. La Sala declaró la nulidad del acto de elección demandado, luego de concluir que las recusaciones formuladas contra los miembros del Consejo Directivo de la Carder afectaron el quorum para deliberar y que fueron tramitadas contrariando lo previsto en el artículo 12 de la Ley 1437 de 2011.*

**ELECCIÓN DEL DIRECTOR DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL / RECUSACIÓN – La recusación sobre el miembro principal cobija a su delegado / ELECCIÓN DEL DIRECTOR DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL – Declaratoria de nulidad por trámite indebido de las recusaciones**

**Problema jurídico:** *¿El acto de elección del DIRECTOR GENERAL de la de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda CARDER señor JULIO CÉSAR GÓMEZ SALAZAR, contenido en el Acuerdo N°.*

*015 del 25 de julio de 2020 expedido por el CONSEJO DIRECTIVO de la entidad, es nulo con base en las censuras de 1) violación en las normas superiores en que debería fundarse: (i) al permitir a miembros integrantes la participación virtual en la sesión de elección de director general, (ii) por tratar un punto no contemplado en el orden del día, (iii) por designar el presidente ad hoc en forma indebida, (iv) por expedir los acuerdos 8, 9,10, 11,12, 13 y 14 sin cumplir los estatutos y (v) por vulnerar el debido proceso al no comunicar la decisión de las recusaciones al recusante y (vi) las recusaciones afectaron el quórum para deliberar y decidir según el artículo 42 de los Estatutos de la CARDER. 2) Expedición irregular; 3) falsa motivación como censura que recae sobre conceptos jurídicos y 4) Falta de competencia del Consejo Directivo al no dar el trámite previsto en la ley a las recusaciones que afectaron el quórum?*

**Tesis:** “[S]alta a la vista que de los trece (13) miembros que conforman el consejo directivo de la CARDER, siete (7) de ellos estaban recusados. Lo que deja que solo 6 de ellos están sin impedimento alguno para participar en la sesión en la cual se elegiría al director general de la CARDER, sin embargo, esta cantidad de consejeros resultaba insuficiente para deliberar y decidir cualquier aspecto entre ellos, el referido a las recusaciones. (...). En este orden de ideas, queda en evidencia que, en la medida que las recusaciones presentadas por el señor Gabriel Antonio Penilla Sánchez, afectaron el quorum que se exige estatutariamente para que el consejo directivo de la CARDER pueda deliberar, es lo procedente concluir que ese colegiado no podía tampoco resolverlas y era lo procedente remitirlas a la Procuraduría General de la Nación por ser la autoridad competente, en casos como el analizado, ante la inexistencia de las mayorías necesarias para abordar su análisis y decisión. No sobra mencionar que la participación de los delegados de los alcaldes de Mistrató y Guática en la discusión y en la decisión de denegar las recusaciones presentadas contra los consejeros ya precisados, deviene irregular, pues como ya se demostró ellos también fueron recusados y no podían intervenir en dicha sesión y mucho menos en la resolución de la solicitud suscrita por el señor Gabriel Antonio Penilla Sánchez. En conclusión, encuentra la Sala probado el cargo de nulidad referido a que las recusaciones formuladas sí afectaron el quorum para deliberar del consejo directivo de la CARDER y, en consecuencia, fueron tramitadas contrariando lo previsto en el artículo 12 de la Ley 1437 de 2011. (...). En conclusión, las consideraciones que anteceden demuestran que se debe declarar la nulidad el acto electoral del señor Julio César Gómez Salazar, como director general de la CARDER, ante el indebido trámite surtido al escrito de recusación presentado por el señor Gabriel Antonio Penilla Sánchez, que como se demostró afectó el quorum deliberatorio y decisorio del consejo directivo de la CARDER y en atención del artículo 12 del CPACA era lo procedente su remisión a la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia, lo cual derivaba en la suspensión del proceso electoral.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 16 de septiembre de 2021; C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-28-000-2020-00076-00.](#)

# SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

**Con la expedición del Decreto 1054 de 2019, no surge para la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo la obligación de extender los contratos de arrendamiento celebrados con los usuarios operadores de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca. Correlativamente, tampoco nace para tales usuarios el derecho a exigir u obtener dicha prórroga.**

*Síntesis del caso: El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo presentó una consulta, mediante la cual pretende determinar la viabilidad jurídica de la prórroga de tres contratos de arrendamiento, en los que el Ministerio funge como arrendador, sobre bienes inmuebles en los que se ha declarado la existencia de sendas zonas francas. De igual manera, en el evento en que dicha alternativa no esté autorizada por el ordenamiento, el Ministerio indaga sobre la posibilidad de que un contrato interadministrativo firmado para la comercialización de dichos bienes pueda ser utilizado para seleccionar un arrendatario, una vez finiquite el término del contrato actualmente vigente.*

**ZONAS FRANCAS – Definición / ZONAS FRANCAS – Finalidad / ZONAS FRANCAS – Regulación / ZONAS FRANCAS – Competencias del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo / ZONAS FRANCAS / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO - Naturaleza jurídica de los contratos de arrendamiento celebrados por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo con los usuarios operadores de las zonas de francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca / ZONAS FRANCAS / ZONAS FRANCAS DE BARRANQUILLA, CARTAGENA Y PALMASECA - Diferencias entre las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca con el Decreto 2147 de 2016 / ZONAS FRANCAS / ZONAS FRANCAS DE BARRANQUILLA, CARTAGENA Y PALMASECA – La prórroga de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca en los términos del Decreto 1054 de 2019 contraviene los principios de igualdad y transparencia / ZONAS FRANCAS / ZONAS FRANCAS DE BARRANQUILLA, CARTAGENA Y PALMASECA / CONTRATACIÓN DIRECTA – No es aplicable para las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca / ZONAS FRANCAS / ZONAS FRANCAS DE BARRANQUILLA, CARTAGENA Y PALMASECA / DISPONIBILIDAD JURÍDICA - No puede exigirse como requisito para solicitar la prórroga de la declaratoria de existencia de una zona franca / ZONAS FRANCAS / ZONAS FRANCAS DE BARRANQUILLA, CARTAGENA Y PALMASECA / No les resulta aplicable el reglamento de Central de Inversiones CISA / DECRETO 918 DE 2001 / VIGENCIA – Pérdida de vigencia a partir de la promulgación del Decreto 2147 de 2016**

**Problema jurídico:** *¿Con la expedición del Decreto 1054 de 2019 se podrían extender los contratos de arrendamiento actualmente suscritos sobre los inmuebles de propiedad del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que se ejecutarán hasta el año 2024, por treinta (30) años más?*

**Tesis:** “Con la expedición del Decreto 1054 de 2019, no surge para la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo la obligación de extender los contratos de arrendamiento celebrados con los usuarios operadores de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca. Correlativamente, tampoco nace para tales usuarios el derecho a exigir u obtener dicha prórroga. Lo anterior, teniendo en cuenta que: i) el Decreto 1054 de 2019 no se refiere a las prórrogas de tales contratos, ni a la celebración de nuevos negocios jurídicos de esta naturaleza, sino a la extensión o prórroga de las zonas francas, que son dos asuntos diferentes (aunque relacionados), y ii) en cualquier caso las disposiciones del Decreto 1054 de 2019 deben interpretarse de manera armónica con los principios constitucionales y legales que rigen la contratación de las entidades estatales, y con las demás normas de la Ley 80 de 1993 que resulten aplicables. Por lo tanto, a la luz de los principios de libre competencia, transparencia e igualdad, los señalados contratos de arrendamiento, o aquellos que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo decida utilizar en el futuro, deben celebrarse con los usuarios operadores que sean seleccionados para explotar las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca a partir del 2024, luego de haberse adelantado un procedimiento de licitación. De otra parte, no resulta aplicable el requisito de disponibilidad jurídica consagrado en el artículo 86-7 del Decreto 2147 de 2016 a estas zonas francas, por las consideraciones expuestas”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la evolución normativa de las zonas francas y los requisitos legales que han regido su funcionamiento ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2241 del 12 de junio de 2015, radicado 11001-03-06-2014-00140-00, C.P. Álvaro Namén Vargas (E) y concepto 2385 del 23 de abril de 2019, radicado 11001-03-06-2018-00117-00, C.P. Oscar Darío Amaya Navas.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto del 26 de abril de 2021; C.P. Oscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2020-00151-00\(2448\)](#)

### **Salvamento de voto del consejero Germán Alberto Bula Escobar**

**ZONAS FRANCAS / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO – Prórroga de la declaración de zona franca y de los contratos de arrendamiento / LICITACIÓN PÚBLICA – Inviabile para la prórroga de zonas francas / DISPONIBILIDAD JURÍDICA - se satisface con la presentación de la solicitud de prórroga de los contratos de arrendamiento**

**Problema jurídico:** *¿Con la expedición del Decreto 1054 de 2019 se podrían extender los contratos de arrendamiento actualmente suscritos sobre los inmuebles de propiedad del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que se ejecutarán hasta el año 2024, por treinta (30) años más?*

**Tesis:** “Las preguntas planteadas por el Ministerio partían del supuesto, razonable y cierto, de que es posible prorrogar los contratos de arrendamiento, pues el Decreto 1054 de 2019 tiene por objeto «reglamentar la prórroga del término de la declaratoria de existencia de las zonas francas». Teniendo en cuenta que solo es posible prorrogar lo que ya existe, que en el caso bajo estudio no era cosa distinta a la declaración de las zonas francas y, a fortiori, los contratos de arrendamiento, la consulta planteaba un conjunto de preguntas sobre la manera como debía ser dispuesta la prórroga de dichos contratos, que han permitido a los usuarios operadores llevar a cabo las actividades del régimen franco en los bienes públicos.(...) [L]a Sala de Consulta se encontraba llamada a tener en cuenta el nuevo paradigma que rige el funcionamiento del régimen franco. Debió observar, igualmente, las claras prescripciones que establece el Decreto 1054 de 2019 a propósito de la prórroga de las zonas francas. De haber atendido estas directrices, la Sala hubiera advertido que la realización del procedimiento de licitación pública que ella propone para la elección de los futuros usuarios operadores es completamente inviable. Esto es así en la medida en que el ordenamiento jurídico otorga a los usuarios operadores un derecho subjetivo a la prórroga de las zonas francas, siempre que aquellos cumplan los requisitos establecidos. Los inconvenientes generados por la inclusión del requisito de disponibilidad jurídica se debieron resolver con ayuda del criterio de interpretación sistemática. Este parámetro permite concluir que el requisito en cuestión se satisface con la presentación de la solicitud de prórroga de los contratos de arrendamiento. Dicha interpretación es congruente con los principios que rigen el funcionamiento del régimen franco y reconoce la vigencia que tiene el artículo 86-7 del Decreto 2147 de 2016”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto del 26 de abril de 2021; C.P. Oscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2020-00151-00\(2448\)](#)